

PROPEDEUTICA

AL

DIRITTO PENALE

DELLE DUE SICILIE

PER

ERRICO PESSINA



NAPOLI
STABILIMENTO TIPOGRAFICO DEI CLASSICI ITALIANI
Vico primo Montesanto n. 22, p. p.
1858

NOZIONI PRELIMINARI

DEL DIRITTO PENALE

E DELLA SUA COGNIZIONE SCIENTIFICA

§ 1. *Idea del Diritto Penale.*

Il Diritto in generale è la somma dei dettamenti cui gli esseri razionali son sottoposti come a condizioni possibili per essi ed indispensabili allo adempimento della comune destinazione. Esso si dirama in tante branche per quante sono le specie di personalità alle quali si riferisce e per quanti sono gli uffici ovvero le direzioni fondamentali della vita umana alle quali dee porgere i mezzi di attuazione. Ma quali che sieno queste parti ve ne ha una senza dubbio che concerne la vita stessa del Diritto come di una delle forme essenziali della nostra destinazione; e questa parte è la somma di quei dettamenti che inchiudono le condizioni perchè il Diritto come un principio vivente informi tutte le attenenze degli uomini, cosicchè si rannoda a tutte le altre parti come loro essenziale integramento. Essa dicesi *Diritto dello Stato* in quanto si avvisa lo Stato come la societá umana fatta organo del Diritto. E suddividesi in tre parti: *a)* l'una indirizzata a determinare le norme che presiedono alla vita dello Stato in sè medesimo (*Diritto politico*); *b*) l'altra indirizzata a regolare gli uffici diversi dello Stato per tradurre in fatti i comandamenti

del Diritto (*Diritto amministrativo*); *c)* e l'ultima indirizzata a determinare le vie di riparazione per l'osservanza del Diritto in quei casi nei quali l'attività umana ne ha infranto i dettami in maniera che sia impossibile ogni costringimento all'adempimento dei medesimi. La quale ultima parte del Diritto dello Stato piglia nome di *Diritto Criminale*, ove si guardi il malefizio che infrange il Diritto, e di *Diritto Penale*, ove si guardi la punizione riparatrice del Diritto violato. Cosicchè il Diritto Criminale o Penale può diffinirsi così che sia quella parte del Diritto dello Stato che comprende i dettamenti cui gli esseri razionali son sottoposti come a condizioni per la riparazione del malefizio.

§ 2. *Elementi del Diritto Penale.*

La *punizione del malefizio per opera dello Stato* è un obbietto composto di tre elementi essenziali i quali formano la materia del Diritto Penale. Il primo di questi elementi è il *malefizio*. Il quale come negazione e come infrangimento del Diritto riceve determinazione dal Diritto stesso così per rispetto alla sua essenza in generale come per rispetto all'indole speciale dei fatti in cui si va concretando. Il secondo di questi elementi è la *punizione* in sè stessa avvisata nel suo scopo nelle sue condizioni nella sua efficacia ed avvisata specialmente nella enunciazione dei suoi vari modi di apparizione. Il terzo ed ultimo elemento è la sintesi dei due primi ma appunto come tale ha una sua propria natura cioè il procacciare duplice desiderato: 1) che il malefizio non isfugga alla punizione, 2) che la punizione si restringa nei confini del malefizio.

§ 3. *Aspetti del Diritto Penale.*

Il Diritto in generale non è una vuota astrazione, non una combinazione d'interessi contingenti ed arbitrarii, non il risultamento delle umane convenzioni, non il prodotto fatale della vita dei popoli, ma un principio superiore ed assoluto il quale genera nella vita sociale e leggi ed instituti e costumi, una entità metafisica che svolgesi a vita propria nel seno della vita

universa ed a questa si concatena. Ed il Diritto Penale come parte del Diritto ha l'indole medesima del suo tutto, avvegnachè la sua essenza speciale sia quella di concretarsi a realità di fatto quando si avveri il malefizio come un fatto concreto. Laonde vi ha un Diritto Criminale superiore a tutti i tempi e a tutti i luoghi cioè la giustizia punitrice avvisata nella sua universalità come l' *Idea tipica di tutte le instituzioni penali.* E vi ha pure un appalesarsi di questo Diritto per opera degli uomini nei vari tempi e nei vari luoghi, il quale essendo posto dall'uomo stesso piglia nome di *Diritto penale positivo.* Il primo è uno universale ed identico e può dirsi il Diritto penale assoluto, l'altro è molteplice diverso mutevole e può dirsi il Diritto penale contingente che varia a seconda dei tempi e dei luoghi. Se non che in questa varietà rivelasi sempre alcun che del Diritto penale assoluto, il che fa della immensa varietà degli instituti penali una progressione ascendente, una serie d'incrementi verso il Diritto penale assoluto che può dirsi la vita del medesimo nelle limitazioni dello spazio e del tempo.

§ 4. *Attenenze esteriori del Diritto Penale.*

Le attenenze esteriori del Diritto penale, in virtù delle cose già dette, si possono formolare nei pronunciati seguenti:

1) Il Diritto nella sua totalità e nelle sue branche esercita una efficacia determinatrice sul contenuto del Diritto Penale in quanto che dalle sue determinazioni dipende la sussistenza, la intensità, la qualità dei malefizi.

2) Il Diritto Penale inchiudendo un'azione sui diritti e sugli obblighi degli uomini mercè la punizione determina dal suo canto parecchie materie giuridiche e soprattutto l'attitudine allo esercizio dei diritti civili e politici; ma oltre a ciò viene a consecrare con la sua guarentigia tutte le parti del Diritto e il Diritto nella sua totalità come alcun che d'inviolabile nel seno dell'umana convivenza.

3) La vita individuale e sociale degli uomini determinando con la sua destinazione il contenuto del Diritto tutto quanto esercita pure una efficacia sul Diritto penale, come del pari

viene da esso agevolata in tutte le sue condizioni di esistenza e di svolgimento.

§ 5. *Del Diritto Penale come scienza ed arte.*

Perchè l'Umanità nell'ufficio che le incombe dell'attuazione del Diritto non si smarrisca per ignoranza o per errore, anzi corra sicura di sè medesima le vie della giustizia, due mezzi importantissimi se le appresentano; e ciò sono la *Scienza del Diritto* e l'*Arte del Diritto*. Il che si applica alla ragion penale generandovi la *Scienza del Diritto Penale* e l'*Arte del Diritto Penale*.

§ 6. *Della Scienza del Diritto Penale.*

La *Scienza del Diritto Penale* non consiste al certo nel conoscere empiricamente le leggi e gl'instituti penali di tale o tal altro popolo; imperocchè sotto il nome di scienza non intendesi punto la esperienza ma lo innalzarsi dello spirito umano mercè le proprie forze a cogliere l'intima verità delle cose. Epperò vuolsi che le affermazioni tutte le quali formano parte del suo dominio vengano rannodate in un sistema di principii e di deduzioni che dia di tutti i pronunciati una dimostrazione razionale mercè l'efficacia di un comune principio fondamentale. Laonde la Scienza del Diritto Penale può diffinirsi un tutto insieme di veri organicamente e sistematicamente annodati come conseguenze di un solo e medesimo principio intorno al Diritto Criminale avvisato nella totalità delle sue parti cioè nei suoi elementi e nelle sue facce principali. Così dall'un canto la Scienza del Diritto Penale abbraccia 1) la *dottrina del malefizio*; 2) la *dottrina della pena*; 3) la *dottrina della punizione del malefizio*. E dall'altro la Scienza del Diritto Penale abbraccia: 1) la *Filosofia del Diritto Penale* che investiga l'Idea assoluta la quale presiede a tutti gl'instituti concernenti il malefizio e la sua punizione; 2) la *Storia del Diritto Penale* (di cui è parte ancora la cognizione della *Legislazione comparata*) che espone il Diritto contingente cioè tutte le apparizioni storiche della penalità nella varietà dei tempi e dei luoghi spiegandole secondo una

legge razionale che le concatena come la vita del Diritto penale; 3) la *Politica Criminale* che contemplando le condizioni positive degli instituti contemporanei determina le vie ed i mezzi per avvicinare sempre più le legislazioni positive all'essenza ideale della giustizia punitrice. Alle quali tutte cose vuolsi aggiungere una importante branca cioè la *Storia della Scienza penale* perocchè il sapere umano non vive solo come opera dell'individuo che investiga ma vive nel seno dell'Umanitá come opera di tutte le generazioni e si concatena alle altre forme della vita umana sì col ricevere l'efficacia delle medesime e sì con l'esercitar di rimando la sua efficacia sovr'esse. E questa ha per aiuto materiale la delineazione *biografica* e la *bibliografica* delle vicende della scienza, le quali due cose prese insieme formano la *Letteratura* o *Storia Letteraria della Scienza del Diritto Penale.*

§ 7. *Dell'arte del Diritto Penale.*

L'arte del Diritto è quell'attitudine all'attuazione del Diritto per cui si può essere in grado di guidare gli altri uomini alla sua osservanza esercitando il sacerdozio della giustizia. E perchè il Diritto è, in attenenza con gli uomini, o alcun che da formarsi nelle leggi (*jus condendum*) o alcun che da applicarsi nei giudizi (*jus conditum*) l'arte del Diritto si dirama ne' due uffici del *legislatore* e dell'*interpetre*, il primo dei quali va componendo o migliorando le leggi e l'altro applica ai casi speciali le leggi esistenti. E questo è proprio così del Diritto in generale come del Diritto Penale in ispecie.

§ 8. *Della scienza del Diritto Penale positivo.*

L'arte del Diritto soprattutto in quella parte che concerne il *jus conditum* rende necessario lo studio speciale del Diritto positivo; e questo dee studiarsi rivolgendosi precipuamente l'attenzione al Diritto di un popolo determinato nell'attualità delle sue condizioni, perocchè l'operare giuridico, come ogni altro operare, ha per condizione la specialità e la concretezza di un dato tempo e di un dato luogo. Di qui sorge nel Diritto Pe-

nale l' importanza della *Esegesi* o cognizione speciale del Diritto di un dato popolo. Se l' *Esegesi del Diritto penale* si limita ad una cognizione empirica non può mai cogliere la essenza informatrice delle instituzioni di un popolo sulla penalità, rimanendosi ad una *Glossa* più o meno compiuta; ma quando è informata dallo spirito scientifico e senza trascurare il dato di fatto di una determinata legislazione fa tesoro di tutti gli ammaestramenti della Scienza del Diritto Penale diviene l'esegesi scientifica del Diritto Criminale positivo, e però merita il nome di *Scienza del Diritto penale positivo*, come quella che, sebbene limitata alla contemplazione di un fatto particolare qual è il sistema legislativo di un dato popolo, pure è l' applicazione della scienza filosofica e storica del Diritto penale uno ed universo a costruire in un sistema di pronunciati logicalmente annodati le varie instituzioni penali di quel popolo.

§ 9. *Delle scienze ausiliarie agli Studi Penali.*

L' unità fondamentale dello scopo cui son dirizzati i vari e molteplici sforzi degli esseri umani e gl' innumerabili legami che stringono fra loro le cose del mondo producono come inevitabile conseguenza che ogni scienza non possa di per sè sola raggiugnere la sua destinazione senza la maggiore o minor cooperazione delle altre cognizioni. Così la Scienza del Diritto penale nonchè quella branca particolare di essa che dicesi Scienza del Diritto Penale positivo richieggono l' aiuto di altre cognizioni.

1) Incominciando dagli studi che sono vicinissimi a quello della penalità, perchè nel Diritto Criminale ha influenza il Diritto tutto quanto come quella positiva entità senza la quale non è concepibile ciò che è negativo, vuolsi riconoscere che la cognizione del Diritto e di tutte le parti di esso costituisce uno studio che agevola la cognizione del Diritto Penale. Così la *Scienza del Diritto sociale* e quella del *Diritto individuale* e quella del *Diritto dello Stato* in sè e nelle sue parti del *Diritto Politico* e del *Diritto Amministrativo* hanno una influenza immediata nelle varie dottrine del Diritto Penale.

2) Tutte le altre cognizioni diverse dalle giuridiche hanno

quale più quale meno una efficacia ausiliaria sulla scienza del Diritto Penale. Imperocchè cominciando dagli studi rudimentali la Filosofia del Dritto Penale e la Storia del Diritto Penale presuppongono la *Filosofia* e la *Storia*, avvisate nella loro totalità come basi primitive di ogni sapere giuridico. D' altro canto siccome il malefizio ha vita nel mondo della *Natura* modificandosi le forze di questa con le forze dell'*uomo*, egli è mestieri che la scienza della penalità si avvantaggi dei risultamenti delle discipline naturali e morali. Onde la *Chimica*, la *Botanica*, l'*Anatomia*, la *Fisiologia*, la *Patologia* (che fan capo in una scienza complessa cui è nome la *Medicina legale*), e la *Psicologia* con tutte le sue interne specificazioni formano delle cognizioni ausiliarie allo studio degli instituti penali. Ed infine perciò che la religione, la moralità, la scienza, l'industria in tutte le sue forme, l' educazione e la vita sociale esercitano una efficacia sulle determinazioni del Diritto, sono studi ausiliarii alla scienza del Diritto Penale la *Scienza della Religione*, la *Pedagogia*, l'*Economia Sociale*, la *Morale*, la *Politica*, la *Statistica*.

§ 10. *Del metodo di studiare la Scienza del Diritto Penale positivo.*

L' unità della scienza richiede l'unità del metodo; epperò la esposizione del Diritto Penale non può dare al tempo stesso la Scienza generale della penalità e la cognizione speciale del Diritto positivo di un dato popolo. Egli è d' uopo che l'una di queste due direzioni divenga predominante in una esposizione e che pertanto o si tratti il Diritto Penale in generale nella sua *Filosofia* e nella sua *Storia* o si tratti il Diritto Penale concreto e positivo di un popolo determinato. Ai bisogni pratici del Diritto è di gran momento questa seconda trattazione la quale mentre fissa il suo terreno nella *esegesi* si avvantaggia della scienza generale della penalità ed attinge dalla *Filosofia* e dalla *Storia universa* della penalità lume ed ammaestramento per rannodare in un sistema razionale i pronunciati delle leggi. E perchè si concateni logicamente la esposizione del Diritto positivo di un dato popolo alla Scienza generale del Diritto Penale, allorchè l'esegesi debb'essere il terreno in cui la tratta-

zione s' aggira, egli è mestieri di una Propedeutica allo studio che s'imprende; imperocchè dall'un canto bisogna aver d'innanzi come uno schema della scienza tutta quanta cioè l'Enciclopedia del Diritto Penale (1), e dall'altro come transito dalle generalità della scienza alla specialità degl' instituti di un dato popolo egli è d'uopo fermare con una indagine storica lo spirito che informa quegli instituti (2). E quando questo duplice apparecchio è compiuto vuolsi discendere alla trattazione specificata della materia organata sistematicamente. Nel che la norma da seguire si è quella di avvisare ciascun instituto in tre aspetti cioè 1) nel suo lato razionale; 2) nelle sue manifestazioni per a traverso le antecedenze storiche della legislazione vigente; 3) nelle attuali condizioni del Diritto Positivo. E bene a questi tre lati necessarii potrebbesi aggiungere ancor quello di una disamina comparativa delle legislazioni straniere, del che per altro potrebbe far senza una trattazione puramente esegetica del Diritto positivo indirizzata ai bisogni ed alle attenenze pratiche della vita.

(1) L'Enciclopedia del Diritto Penale per porgere come in un quadro tutta quanta la scienza dee trattare 1) il *Diritto Penale filosofico* ricercandone il supremo principio e costruendo con esso un sistema di dottrine fondamentali; 2) il *Diritto Penale istorico* segnando il movimento della penalità nella Storia della civiltà umana; 3) la *Storia della Scienza penale* nei suoi principali momenti con le indicazioni biografiche e bibliografiche che ne formano la Letteratura.

(2) Questa storia speciale trae lume dalla storia generale della penalità e serve a determinare qual posto occupi nel movimento generale del Diritto quel beninsieme di instituti che si prende ad esporre.

LIBRO PRIMO

PROLEGOMENI ALLO STUDIO

DEL

DIRITTO PENALE POSITIVO

OVVERO

SAGGIO DI UNA ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO PENALE

ENCICLOPEDIA

DEL DIRITTO PENALE

CAPO PRIMO

Schizzo di una Filosofia del Diritto Penale

I.

Ricerca del supremo principio

§ 11. *Avvertenze storiche.*

Un fenomeno il quale per la sua riproduzione in tutti i luoghi ed in tutti i tempi che forman parte del dominio della storia può dirsi un fatto generale dell'umana famiglia si è quello della giustizia penale, per cui l'uomo considerandosi come investito di un sacro mandato ha sottoposto il suo simile all'efficacia di una punizione quando il medesimo si è fatto autore di un delitto. Varia è stata la forma in cui questo fatto generale si è determinato perchè non tutti i popoli hanno avuto le medesime leggi; chè anzi, a guisa delle varie lingue in cui la favella umana si è diramata, ciascuna nazione ha accolto un sistema giuridico accomodato alla sua indole ai suoi costumi ed al suo incivilimento. Egli è il vero che talune età della Storia son segnate a note di sangue come quelle in cui gli uomini han tenuto opera santa il tramutarsi in carnefici dei loro fratelli, sicchè le umane generazioni sono state educate a ferocia e crudeltá dalla stessa crudeltà e ferocia dei legislatori. Ma il principio che malamente veniva espresso da instituzioni troppo dure era l'orrore per il

delitto, figlio di una massima devozione al mantenimento della giustizia contro le sfrenatezze dell'arbitrio individuale. E per a traverso tutte le varietà questo principio si è tramandato di nazione in nazione, d'età in età, come patrimonio comune della umana convivenza.

§ 12. *Avvertenze psicologiche.*

Se d'altro canto noi ci rivolgiamo dalla contemplazione del fenomeno storico allo studio dei fatti che avvengono nel mondo della coscienza, ripiegandoci sul nostro spirito, troviamo che la punizione dei delinquenti non è solo un pronunciato un bisogno ed un fatto delle umane generazioni ma una legge interna del nostro animo, in virtù della quale allorchè vediamo il malvagio soggiacere alla pena affermiamo essersi adempiuta la giustizia sulla terra, e dove per contro ci accorgiamo che punto non cada il male della pena sul male del delitto, ovvero che il capo dell'innocente sopporti una punizione, ci sentiamo violati da questi atti e li dichiariamo solenni ingiustizie. Ben egli è il vero che non si appalesa con egual purezza in tutti gli animi questa voce, allora soprattutto che gl'impulsi dell'interesse individuale o gli stimoli di una passione accecatrice svolgono la mente dalla contemplazione delle verità più indubitabili. Ma il rimordimento della coscienza dove più e dove meno efficace co' suoi pungoli è un argomento irrepugnabile di questa voce interna di una giustizia retributrice o espiatrice che può dirsi scritta negli animi dal dito stesso di Dio.

§ 13. *Induzioni e transito al Principio metafisico.*

Ei v'ha dunque un fenomeno di analogia nella coscienza dell'individuo e nella coscienza dell'Umanità; e l'apparizione di un medesimo bisogno che sospinge la vita individuale e la vita generale è indizio di più alta origine indipendente dall' arbitrio degli individui e dallo arbitrio delle umane colleganze e torna come presentimento a riconoscere l' intrinseca assolutezza della giustizia punitrice. Ma l'uomo non è nato per vivere solo di sentimenti, e come quegli ch' è destinato a nudrirsi di ra-

gione non può domandarsi pago di un fatto che se gli porga o dalle tradizioni della storia o dalle rivelazioni della coscienza. Di tutto quello che l'esperienza esterna od interna offre al suo spirito egli brama scoprire gli ultimi fondamenti e le ragioni supreme. E ciò non è possibile senza lo elevarsi al Vero assoluto, a quel Vero di fuor dal quale nessun vero si spazia. Laonde il principio supremo della penalità non può essere per noi rinvenuto nella individualità dell'uomo che è un fatto speciale nè nella società umana che pure è un fatto ed una individualità quando è avvisata in raffronto alle cose da essa diverse. Il fatto non può essere principio e fondamento supremo dei veri che formano il dominio di una scienza. E però fa mestieri risalire ad alcuna cosa superiore agl' individui ed alle società, cioè superiore all'umana natura. E questa altro non può essere che l'Assoluto; e la sua sola nozione chiarita nella nostra coscienza può esser fondamento alla penalità in quanto che leggiamo in essa la destinazione degli esseri umani.

§ 14. *Dell' Ordine morale.*

« L'intuizione razionale dell'Assoluto è il raggio di Dio nella mente dell' uomo per cui mezzo Ei si appalesa come l'Ente che non può non essere, come l'Ente per sè che non ha mestieri di dimostrazione veruna anzi non può esser conosciuto per via di dimostrazione essendo il presupposto fondamentale di tutte le dimostrazioni come principio di ogni cognizione. E la mente dalla sua assolutezza ricava che Egli ha il muoversi eterno, sicchè come movente sè e come mosso da sè è l'identità suprema della potenza e dell'atto benchè la potenza sia una e l'atto una seguenza infinita di movimenti. Da ciò si raccolgono due conseguenze. L'una è che l'atto infinito è l'attuazione della potenza una, di forma che questa in quanto è attuata è il Bene assoluto; l'altra è che l'atto infinito dovendo attuar la potenza dee necessariamente riprodurre nella serie dei movimenti e l'entità dello assoluto come effetto necessario di sè e l'entità dell'assoluto come cagione motrice di tutto sè stesso. Di maniera che il Bene assoluto presedendo all'universalità delle cose con-

tenute nell'atto infinito genera la sua attuazione come effetto necessario e la sua attuazione come spontaneo operare. L'aspetto della necessità costituisce l'ordine fisico; l'aspetto della spontaneità costituisce l'ordine morale. L'ordine fisico presenta l'attuazione del Bene mercè le forze naturali, l'ordine morale è l'attuazione del Bene per opera di esseri spontanei quali si porgono le umane generazioni. Così l'ordine morale rinchiude tre elementi entro di sè: il Bene assoluto come scopo, la spontaneità umana come forza operosa, e la sintesi di entrambi ovvero la legge morale, che è comando quando la si avvisa nell'assoluto, ed è dovere quando la si avvisa nella spontaneità sottoposta allo impero della legge morale. Epperò la legge morale è l'assoluto Bene nelle sue attenenze con l'attività umana cioè come necessità morale per cui tutti gli uomini debbono concorrere come organi all'attuazione del Bene assoluto. Or questa necessità morale dall'un canto come *necessità* inchiude l'*assolutezza*, ma dall'altro come *morale* richiede la *spontaneità*. E perciò che la spontaneità inchiude il fallire il trasgredire il violare i comandamenti della legge morale come una possibile conseguenza, questa legge cesserebbe di essere assoluta senza una terza forma che sia la sintesi della spontaneità violatrice con la sua assolutezza. Questa sintesi è per appunto la retribuzione in virtù della quale l'assolutezza del comando rimane irremovibile contro ogni maniera di violazione e la spontaneità violatrice si frange in essa per la repulsione del principio assoluto non altrimenti che l'onda frange sè stessa quando urta nello scoglio. La retribuzione fa sì che il subbietto trasgressore trovi nella violazione di sè medesimo l'effetto del trasgredire che essa fa i comandi della legge morale; ed in quanto essa è condizione indispensabile perchè la contrarietà all'ordine morale non vinca l'assolutezza del medesimo essa in sè riceve il suggello della ragione e della legge morale anzi è la legge morale medesima che combatte ed annulla ogni trasgressione dei suoi dettati. Di maniera che la legge morale si attua assolutamente o sotto la forma positiva della spontanea obbedienza, ovvero, laddove l'opposizione della disubbidienza è avve-

nuta in modo incancellabile, sotto forma negativa, contro la negazione, a quel medesimo modo che i matematici riconoscono che il prodotto di due quantità negative è sempre una quantità positiva (1).

§ 15. *Della Moralità e del Diritto.*

« Ciò posto, allorchè la spontaneità umana vien contemplata d' innanti alla legge morale, ella si appresenta sotto due aspetti: il volere cioè la forza determinante sè medesima al movimento, la forza eleggente uno scopo, e l' operare cioè la forza in movimento. Nello Essere assoluto il volere e l'operare sono identici; ma nell'uomo la volontà non ha termine perchè si stende fin dove stendesi il pensiero, dove che l' attività è limitata per la finitudine che è propria di ciascun essere individuale. Quindi la legge morale dinanzi all'umana spontaneità si manifesta in due forme: come legge della volontà, e come legge dell'attività; o per meglio dire come la legge della spontaneità umana in quanto vuole un fine e come la legge della spontaneità umana in quanto adopera un mezzo. La legge morale si compie nella volontà per opera della volontà stessa che si determina al bene per il bene senza estrinseco riferimento e questa *intenzionalità* del bene costituisce la *moralità* come fatto intrinseco e subbiettivo dell' essere spontaneo. E così l' attuazione della legge morale come intenzionalità dicesi la moralità dell' operare umano la quale ha per condizione di attuazione la perfetta indipendenza del volere e per indole il proporsi in tutti gli atti il bene come bene, astrazion fatta da ogni altro motivo— Ma la legge morale debbe pure attuarsi nel campo della

(1) Di tutte queste cose s' avvantaggia
L' umana creatura e s' una manca
Di sua nobilità convien che caggia.
Solo il peccato è quel che la disfranca
E falla dissimile al sommo Bene
Perchè del lume suo poco s' imbianca;
Ed in sua dignità mai non riviene
Se non riempie dove colpa vota,
Contra mal dilettar, con giuste pene.
(Dante Par. VII, 26)

potenzialità perocchè non basta il volere ma bisogna operare secondo il volere; anzi colui veramente si appalesa volente il quale si sforza ad operare. Intanto la potenzialità dell' uomo è limitata e trova dei confini o nella Natura o negli uomini sicchè il rimuoverli è condizione necessaria perchè egli adempia la sua destinazione. I limiti provenienti dalle forze naturali ed invincibili per gli uomini non formano obbietto della legge morale che richiede l' attuazione spontanea del Bene assoluto. Epperò rimangono i limiti che dipendono dalla volontà dell'uomo. La legge morale comanda a ciascun uomo rimuovere per quanto ei possa i limiti che impediscono l' attuazione del Bene cioè comanda che l' uomo procacci tutto quello che è necessario alla sua osservanza e soggetto alla efficacia del volere. Così tutti gli uomini debbono porgere a tutti in forza della legge morale le condizioni dipendenti dalla attività loro perchè tutti raggiungano la loro destinazione. La somma di queste condizioni indispensabili e volontarie cioè di tutte quelle cose che son *dirette* al compimento reale della legge morale nel campo dell' attività umana è il *Diritto*; e bene lo si appella *Jus (a jubendo)* per il comando della legge morale che in esso si trasfonde. Laonde il Diritto non è l' identico della moralità, chè altrimente sparirebbe la dualità del volere e dell' operare nell' ente spontaneo. Il Diritto non è separato dalla moralità, perchè la volontà nell' ente spontaneo informa gli atti che esso compie con la potenza, sicchè gli atti che cadono sotto il dominio del giure cadono pure sotto il dominio della morale potendosi avvisare dall' un canto come condizioni per l'attuazione obbiettiva della legge morale (*criterio giuridico*), e dall' altro come indirizzati intenzionalmente al bene (*criterio morale*); dove che vi sono degli atti puramente morali che avvengono nel mondo della nostra coscienza e che però non soggiacciono al duplice criterio intenzionale e condizionale, ma al solo giudizio subbiettivo del fine, al solo criterio dell'intenzione. In tal guisa il Diritto è solamente distinto dalla moralità come l' attuazione condizionale della legge morale distinguesi dalla attuazione intenzionale della medesima; ed alla morale si

coordina come un cerchio minore in un cerchio maggiore. Il Diritto e la Moralità sono entrambi la stessa legge morale; ma la avvisano per due aspetti distinti, perchè il Diritto è la legge morale nel cerchio minore dell'attività condizionale, e la morale è questa stessa legge nel cerchio maggiore dell'intenzione la quale abbraccia ed il fine e le condizioni necessarie per il medesimo.

§ 16. *Della retribuzione giuridica.*

« Or se il Diritto e la Moralità partecipano entrambi della assolutezza della legge morale , l'attuazione di questa legge nella forma retributrice, indirizzata a ristabilire l'armonia che è perturbata dalla sua violazione debbe di necessità trovare due manifestazioni a seconda dei due aspetti nei quali si appalesa la stessa legge morale. L'una manifestazione si è che la retribuzione abbia luogo subbiettivamente per il male subbiettivo cioè per la violazione della moralità, come negazione intenzionale della legge morale. Così la moralità qual forma subbiettiva della legge morale debbe attuarsi negativamente nel caso di violazione dei suoi dettati come retribuzione morale, cioè come dolore interno o rimordimento della coscienza perchè la spontaneità è conscia della propria imperfezione come di un effetto prodotto da un suo fatto volontario *(Per quae quis peccat, per haec et torquetur)*. — L'altra manifestazione della legge morale come retributrice si è che la retribuzione abbia luogo obbiettivamente quantunque volte nella obbiettività siasi avverato il male volontario; e questa è indispensabile perchè il Diritto come forma obbiettiva della legge morale si attui a malgrado della sua violazione; la quale attuazione non è possibile se non come ritorsione del Diritto contro la spontaneità violatrice del Diritto. E perciò che la violazione del Diritto è caduta nel campo dell'attività del subbietto trasgressore quest'attività stessa dee soggiacere alla repulsione giuridica. In tal guisa il Diritto serbando il marchio e la santità della legge morale, mantiene la sua assolutezza , conserva la spontaneità negli uomini e pone questa spontaneità in armonia

con la legge morale per mezzo della pena. Così la retribuzione morale e la giuridica come hanno un medesimo principio cioè la legge morale, ed un comune elemento cioè la repulsione, hanno un comune scopo che è il Bene assoluto. Ma la retribuzione morale cade su tutti gli atti che violano la legge morale in quanto muovono da intenzione perversa; epperò abbraccia tre specie di atti: gli atti puramente interni che violano la moralità del volere, gli atti che violano la legge morale dal lato della condizionalità, e gli atti che quantunque si conformino alla condizionalità pure sono immorali atteso l'intenzione dell' agente. La retribuzione giuridica debbe avverarsi solo in quanto la legge morale è stata violata nel dominio giuridico atteso la violazione di alcuna delle condizioni dell' umana destinazione, epperò abbraccia quei soli atti che costituiscono infrazione della legge morale dal lato condizionale. La retribuzione morale ha effetto nella coscienza, a malgrado della volontà del subbietto immorale, ed è quello a cui la volontà non può sottrarsi quando ha peccato per isforzo ch' ella faccia. E la retribuzione giuridica come attuazione del Diritto si appartiene al Diritto stesso in quanto che questo ad aver vigore ed efficacia debbe incarnarsi nella vita degli uomini e comandare la sua attuazione per via di repulsione cioè col punire la violazione dei suoi dettati. Per la qual cosa il punire la spontaneità violatrice del Diritto non è una potestà ma un debito, un santo ministerio di quell' entità che come organo rappresenta il Diritto nella vita sociale, e debito che non nasce dalla conservazione degli individui o dal miglioramento del reo ma debito che emana dalla santità propria della legge morale, dalla sua assolutezza, dal comando che è imposto a tutti gli esseri dotati d' intelligenza ed arbitrio di fare che il Diritto viva nelle umane attenenze. La legge morale vuole la sua attuazione da parte degli uomini malgrado la trasgressione che alcuno faccia dei suoi dettamenti; ed in questo caso la sua attuazione non è possibile senza la *retribuzione giuridica* per cui la spontaneità violatrice trova nella violazione delle sue condizioni particolari, nella lesione della sua attività, l' effetto del suo conato

per la trasgressione del Diritto come condizione essenziale della umana destinazione. Laonde il principio supremo della penalità non consiste nella moralità, nè certo nel fare la giustizia umana imitatrice della divina ma nel considerar la giustizia umana come una faccia della giustizia eterna, nel riconoscere il Diritto in se medesimo, ovvero l' attuazione obbiettiva del Bene assoluto, nella forma di retribuzione contro la sua violazione ».(1).

II.

Applicazioni del supremo principio ai principali problemi della scienza penale.

§ 17. *Divisione della materia.*

L' obbietto proprio di ogni centro dinamico si è il distendersi in una circonferenza da cui si appalesi la sua forza. E così l'obbietto proprio del supremo principio di ciascuna scienza si è il venirsi appalesando in tutto il dominio della medesima col generare dei veri secondi. Noi abbiamo riposto la formola ideale della penalità nel pronunciato che *il Diritto richiede la sua attuazione in forma di retribuzione allorchè è stato negato dalla spontaneità umana.* L'analisi degli elementi contenuti in questa formola dee servirci alla costruzione delle varie dottrine intorno la penalità. Ora tre sono gli elementi che noi dobbiamo svolgere:

1) la negazione che necessita la ritorsione giuridica (*maleficio* o *reato*).

2) la ritorsione avvisata in sè stessa (*pena*).

3) la sintesi dei due primi elementi, ovvero la *punizione del maleficio.*

(1) Questi tre paragrafi sono tolti da un nostro Discorso premesso al Trattato di Diritto Penale di Pellegrino Rossi, Napoli 1853 1 vol. in 8.

A. DOTTRINA DEL MALEFICIO

§ 18. *Avvertenze preliminari.*

Il maleficio secondo ciò che abbiam detto è la *negazione del Diritto per opera della spontaneità dell'uomo* (1). Or se il Diritto si concreta ed attua nell'operare umano la sua negazione non può appalesarsi altramente che come un operare concreto il quale inchiude la negazione del Diritto. E perchè il Diritto è uno ed al tempo stesso una somma di dettamenti che metton capo nelle attenenze della vita, il reato porge sempre tre lati: 1) un lato generale cioè la nota comune di negazione del Diritto; 2) un lato speciale cioè la determinata negazione di tale o tal altro dettato giuridico; 3) ed un lato individuale che è la sua concreta apparizione in un dato tempo ed in un dato luogo. Il lato generale costituisce l'essenza fondamentale del reato; la sua specialità e la sua individualità costituiscono ciò che v' ha in esso di accidentale; quantunque la specialità del reato nelle sue varie determinazioni presenti pure l' essenza di ciascuna specie delittuosa, epperò gli elementi che costituiscono questa essenza speciale; e quantunque sia a considerarsi come essenza del reato il dover porgere oltre al suo lato generale una specialità ed una apparizione individuale.

§ 19. I. *Condizioni essenziali del malefizio ovvero del malefizio nella sua essenza generale.*

L' essenza del reato come negazione del Diritto per opera della spontaneità umana abbraccia non altramente che il Diritto due elementi l'*obbiettività* e la *subbiettività*. Il primo di questi due elementi consiste nell'essere il reato l'infrangimento di un dettato giuridico astrazion fatta da colui che l' ha ca-

(1) Alcuni definirono il malefizio *violazione dei diritti*, altri lo definirono *violazione dei doveri*. E l' una e l' altra definizione non espongono tutta la natura del maleficio; dove che la nostra diffinizione le racchiude entrambe in sè medesima; perchè i *diritti* e i *doveri* formano il contenuto stesso del Diritto secondo i vari aspetti di colui che è obbligato a fare o non fare alcuna cosa e di colui verso il quale si è obbligato a farla o non farla.

gionato; l' altro elemento consiste nell' uomo a cui quell' infrangimento si riferisce come effetto a cagione. Questi due elementi non costituiscono due parti del reato ma due aspetti entrambi necessarii di una sola e medesima cosa.

A) *Obbiettività del reato.* Il malefizio nel suo lato obbiettivo presenta due lati distinti: il fatto umano, e l' infrangimento del Diritto; onde si ha questi due pronunciati: 1) *Il fatto umano debbe essere contraddittorio al Diritto;* 2) *Il contraddittorio al Diritto debbe essere un fatto umano.*

Analizzando il primo di questi pronunciati si ha che il fatto umano è malefizio non quando è solamente opposto a' dettati del Diritto ma quando il suo sussistere già importa che l'individuo ha commesso tal fatto di disobbedienza da non poter essere più annullato dalla forza del Diritto anco quando la forza del Diritto potesse temperarne ed anco impedirne l' efficacia; il che serve di criterio a discernere l' ingiusto civile dall' ingiustizia penale. E qui rannodasi altresì la teorica della illegittimità dell' azione umana, e della impunità di quei fatti che malgrado le apparenze criminose sono dal Diritto o comandati o permessi.

L' analisi del secondo principio ci porge altri pronunciati; imperocchè se l'infrangimento del Diritto debbe essere un'azione la natura dell' azione dà luogo a due condizioni: il *proponimento* e la *esecuzione*. Quindi derivano i corollari infrascritti. *a*) L'infrangimento eseguito del Diritto debbe essere un fatto internamente voluto da chi è cagione fisica di quella esecuzione. E questo dettato dà luogo alla teorica del *dolo* o *consilium*; il quale stando nell' atto interno dello spirito con cui si determina liberamente a fare o non fare alcuna cosa, si ha che al suo avveramento richieggonsi due condizioni: 1) la *coscienza dell' atto criminoso*, 2) la *libera elezione* di esso; onde nasce la teorica della imputazione, e della niuna imputabilità di coloro che sono privi dello intelletto o della libertà dello arbitrio nel momento dell' azione. *b*) L' infrangimento voluto del Diritto debbe essere un fatto esternamente eseguito; e ciò dà vita alla dottrina del *danno* o *evento*; il quale non consi-

ste nel materiale detrimento ma nella violazione del Diritto da parte dell' uomo mercè l' azione esteriore; onde si ha la impunità del mero proponimento e di ogni atto esteriore che sebbene riveli il fine di delinquere non è ancora esecuzione di questo fine, la necessità giuridica di punire l'esecuzione del malefizio (*consumazione*) e la necessità giuridica di punire benchè più mitemente il malefizio quando non sia compiuto nella esterna esecuzione, sia che il delinquente sia stato impedito dal compimento della sua azione, sia che abbia fatto ogni opera per raggiugnere il fine criminoso e non pertanto questo non siasi avverato (*conato imperfetto*, e *perfetto*).

B) *Subbiettività del reato.* Ogni infrazione del Diritto non può dirsi un malefizio se non in quanto vi è un uomo che ne sia il subbietto, l' autore; e nessuno può dirsi autore del reato se non in quanto egli ne è stato cagione avendo avuto parte al proponimento ed alla esecuzione di ciò che è contrario al Diritto. E da ciò discendono tre teoremi: *a*) Le persone morali siccome tali non possono esser mai considerate come subbietti capaci di delinquere; ma gli è duopo di persone fisiche, di uomini individui per aversi l' atto del *volere*. *b*) Perchè il reato si avvera nell' attività umana, che disobbedisce al Diritto, il reato di molti si riproduce per ogni individuo che lo commette, nella sua integrità, e ciascuno dei cooperatori dee rispondere come causa di esso innanzi alla giustizia punitrice. *c*) Trattandosi di una moltiplicità di cooperatori in cui non tutti abbiano avuto parte principale la responsabilità di ciascuno dee valutarsi a seconda dell' essere stato egli cagione necessaria o secondaria del medesimo, appunto perchè il reato si valuta nell' azione di ciascuno contro il Diritto (*correità* e *complicità*).

§ 20. II. *Delle varie specie dei malefizii.*

Il Diritto come somma di condizioni per la destinazione dell' uomo presenta due lati, l' uno immutabile e l' altro mutabile, perocchè alcune condizioni perdurano in tutti i tempi e in tutti i luoghi come inerenti alla nostra natura ed altre dipendono da taluni tempi e da taluni luoghi. Vi ha dunque dei

fatti che son sempre reati, e dei fatti che son tali temporaneamente e relativamente. La filosofia del Diritto penale nel determinare i singoli reati debbe attenersi alla parte eterna immutabile che dee stare in tutte le leggi positive. E quanto alla parte mutabile di queste leggi essa consacra solo il principio che ogni legge sussistente essendo una data espressione del Diritto in un dato luogo e tempo finchè non cada nel nulla, sono da considerare come reati quelle azioni che rendono impossibile l'esecuzione dei suoi dettati infrangendone il contenuto.

Il Diritto filosofico che determina i diritti primitivi abbraccia due ordini di precetti a seconda dei due aspetti che sono inchiusi nell'Umanità, come a dire l'individuo, e la società umana.

A) Incominciando dall' individuo il Diritto riconosce in lui un principio divino e incancellabile che costituisce la sua personalità ed un principio umano che costituisce la sua sfera di attività per essere artefice del suo destino.

1) Il Diritto di personalità può essere negato: *a*) nel suo tutto insieme come vita *(omicidio)*; — *b*) nella sua integrità fisica *(mutilazione, storpio, sfregio, ferite, percosse)*; — *c*) nella sua integrità morale *(reati contro l' onore, il pudore, la sicurezza personale* come *ingiuria, minaccia, stupro violento, ratto, lenocinio.*

2) Il Diritto di attività può essere negato: *a*) nella libertà individuale *(carcere privato, ostacoli all' esercizio dei diritti altrui)*; — *b*) nel patrimonio *(furto, usurpazione, frode, danni)*.

B) Quanto alla società umana egli è duopo discernere le varie personalità sociali ed i vari uffici della vita sociale. Le personalità sociali sono la famiglia, il municipio, il popolo, l' Umanità. Gli uffici della vita sociale sono: la religione, la moralità, l' industria, la educazione, la sanità pubblica, e il Diritto stesso.

1) Quanto alle personalità sociali i reati possono dunque offendere: *a*) il Diritto della famiglia *(adulterio, bigamia, reati contro lo stato civile, matrimonio clandestino)*; *b*) il Diritto del municipio nella sua personalità e nell' amministrazione dei suoi beni; *c*) il Diritto del popolo *(reato di lesa nazione* o *alto tra-*

dimento); *d)* il Diritto dell' Umanità *(pirateria*, ed ogni altro reato contro il Diritto delle genti).

2) Quanto agli uffici della vita sociale i reati possono ledere: *a)* il Diritto della religione *(ostacoli all' esercizio del culto)*; *b)* il Diritto della moralità pubblica *(scandali o attentati al pubblico pudore, stampe e mostre e libri osceni)*; *c)* il Diritto della industria *(fallimento, monopolio)*; *d)* il Diritto della educazione *(ostacoli all' insegnamento)*; *e)* il Diritto della sanità pubblica *(reati di incendio, di inondamento, di violazione delle leggi di polizia sanitaria)*; *f)* e finalmente il Diritto dello Stato nelle due forme del Diritto politico *(reati di Stato*, cioè di *lesa maestà* e di *guerra civile*) e del Diritto amministrativo (*reati contro l' ordinamento amministrativo e giudiciale*, cioè *violenze pubbliche, violazioni della pubblica fede* ovvero *falsità, ed ostacoli alla retta amministrazione della giustizia*).

Tutti questi reati di cui abbiam favellato possono pure riunirsi in categorie movendo da altri punti di vista; imperocchè si può guardare il modo della loro apparizione, e l' intensità loro comparativa come violazioni del Diritto. Il primo di questi aspetti cioè il modo di apparizione del reato costituisce la sua *qualità;* l' altro aspetto costituisce la *quantità* dei reati.

1.° A rispetto della qualità questi reati si presentano alcuni sotto la forma di violenza cioè opposizione della forza individuale organica alla forza sociale del Diritto, altri sotto la forma di inganno o fraude che finge rispettare quel Diritto stesso che conculca. *Injuriam facere possumus aut vi aut fraude* (1). Ma sempre alcuno di questi modi per sè illegittimi debbesi appalesare perchè reato vi sia; chè altrimente *quod jure fit injuria nequit esse.* L'omicidio è di sua natura violento, la falsità, la frode son reati di lor natura fraudolenti; il furto può essere fraudolento o violento; e taluni reati infine congiungono la violenza e la frode come il *veneficio* e l'*omicidio per insidie.*

(1) D' ogni malizia ch' odio in cielo acquista
Ingiuria è il fine ed ogni fin cotale
O con forza o con frode altrui contrista.
(Dante Inf. XI, 8.)

2.° A rispetto poi della quantità egli è certo che tutti i reati di cui abbiam favellato non hanno una eguale intensità di opposizione al Diritto. Epperò vi ha il più ed il meno. E in cosiffatta gradazione debbe esservi pertanto un certo limite che separa i più intensi dai meno intensi. Onde la distinzione dei reati in gravi e leggieri si appresenta spontanea innanzi a tutte le intelligenze. Al che vuolsi aggiugnere una terza specie di fatti che non son reati veramente detti ma si assomigliano a reati perchè l' interesse sociale di evitarli come possibili cagioni di danni maggiori appone ai medesimi una specie di punizione. Onde i reati gravi o malefizi nel vero senso della parola, i reati leggieri ovvero mancanze o delitti, e finalmente i reati lievissimi che ordinariamente prendono il nome di contravvenzione ad ordinamenti di polizia.

§ 21. III. *Della individualità del malefizio.*

Non solo egli è necessario che il reato si avveri sotto alcuna delle sue specie come omicidio furto falsità frode, ma ciascuna specie non può avverarsi se non come un fatto individuale e concreto, cioè come l' omicidio di Tizio commesso da Mevio in tal luogo, in tal tempo, con tale arme e via discorrendo. Una siffatta forma individuale fa sì che venga in ciascun reato a presentarsi varia la intensità criminosa a seconda della *obbiettività* e della *subbiettività* del medesimo. Una tal varietà viene pertanto a costituire l' accidentale in ciascuna specie, dove che la natura specifica del reato ne costituisce l'essenziale per essere ritenuto il tale o il tale altro reato. Epperò la base comune dell' intensità criminosa sta nel punto di vista della specie del reato la quale ha un valore suo proprio in comparazione con gli altri reati indipendentemente da tutte le individuali contingenze. Ed oltre a questo valore vi può essere una intensità maggiore del valore comune o minore del medesimo a seconda di queste contingenze individuali. Di maniera che le contingenze individuali possono dividersi in due ordini: l' uno è quello delle *contingenze aggravatrici* e l' altro è quello delle *contingenze attenuatrici*. Ma le une e le altre si

suddividono in due altre categorie perocchè il reato può essere avvisato e nella sua obbiettività e nella sua subbiettività. Le contingenze obbiettive (aggravatrici o attenuatrici) si rannodano sempre alla essenza specifica di ciascun reato e possono esser trattate a seconda che l'esposizione enumera le varie specie. Le contingenze subbiettive possono ricondursi a regole generali perchè sono indipendenti dalla natura speciale dei vari malefizi, epperò possono allogarsi nella dottrina generale del reato, come possibili determinazioni di quella essenzialità che dicesi *subbietto del malefizio*, cioè come possibili manifestazioni dell'autore del medesimo (*adolescenza, perseveranza nel delinquere*).

B. DOTTRINA DELLA PENA.

§ 22. *Scopo, condizioni, ed effetto della pena.*

La pena nella sua essenza propria è l'efficacia di repulsione con cui il Diritto si ritorce contro l'individualità di colui che ha commesso il reato per riparare il disordine del reato stesso cioè per affermare la propria superiorità sulle attività umane. Questa dottrina ci porge una triplice determinazione cioè lo scopo della pena, le condizioni per raggiungere questo scopo, gli effetti della pena in quanto lo scopo è raggiunto.

I. Lo scopo della pena altro non è che la riparazione del Diritto. Ogni altro scopo diverso da questo non potrebbe avere legittima efficacia su l'umano volere e farebbe perdere al Diritto il suo carattere di assolutezza morale. Il Diritto debbe attuarsi nella forma negativa della punizione quando la disubbidienza al suo dettato si è presentata nel mondo della realità di maniera tale da non potersi più ottenere l'obbedienza.

II. Le condizioni della pena sono determinate appunto dallo scopo e servono di criterio a valutare le varie specie di pena di cui possa farsi uso contro l'individualità del delinquente. La pena deve essere repulsione contro la individualità umana, deve essere opera del Diritto, deve riaffermare il Diritto.

1.° Perchè la pena sia repulsione contro l'individualità umana e' vi è duopo *a*) di una *obbiettività* in essa, e questa

consiste nel *pati quiddam*, nel soffrire che fa l'individualità del colpevole l'azione di una forza maggiore; *b*) di una *subbiettività*, e questa consiste nella individualità dotata di vita e di coscienza che soggiaccia alla ritorsione giuridica ed abbia coscienza di quello a cui soggiace.

2.° Perchè la pena sia opera del Diritto dee muovere da esso epperò discendere da un principio impersonale, scevra di ogni relatività e di ogni parzialità; e perchè nelle attenenze umane non può mai conseguirsi nella sua integrità il principio assoluto, la pena deve essere altresì riparabile.

3.° Perchè la pena riaffermi il Diritto debbe annullare il reato e sostituirgli alcun che di conforme al Diritto. Laonde *a*) la ritorsione tanto dee riaffermare per quanto si è negato (*proporzionalità delle pene ai reati*); *b*) la ritorsione dee riaffermare il Diritto limitandosi a colui che l'ha negato cioè la pena dev' essere personale; ma in ciò non dee negare la personalità giuridica bensì l'attività del delinquente sottoponendo questa ad ogni maniera di lesioni e restrizioni; *c*) la pena debbe essere educatrice dell' individualità colpevole (*emendazione*) ed educatrice della società tutta quanta (*esemplarità*).

III. L'effetto della pena che risponda a tutte queste condizioni si è quello di annientare il reato. Onde si ha tre pronunciati: *a*) la pena è un bene nell' ordine assoluto; *b*) la pena è un male apparente nel campo dell'individualità come coercizione ma è bene reale dell' individuo che vi soggiace riconciliandolo con l'ordine assoluto; *c*) la pena promuove lo emendamento del reo, e l'educazione degli altri uomini che formano l'umana convivenza, ed è anche perciò strumento di conservazione del Diritto.

C. DOTTRINA DELLA PUNIZIONE DEL REATO.

§ 23. *Avvertenze preliminari.*

Il Diritto come forma della legge morale non è solo un tutto insieme di verità speculative, ma è un comando che riscuote osservanza da parte di tutti gli enti razionali. Tutti son chia-

mati a fare quanto è in poter loro che serva all' attuazione del Diritto. E perchè l' individuo non può di per sè solo esser bastevole nella vita sociale a dare attuazione al Diritto egli è mestieri che la società si faccia organo del Diritto e ne procacci per ogni via l'attuazione. In ciò si radica la divina origine di quell' instituto sociale che dicesi *Stato* o *società giuridica* il cui scopo è quello di far sì che il Diritto sia una realità vivente nelle attenenze vicendevoli degli uomini, e che la vita sociale pertanto sia vita giuridica cioè provveduta di tutte le condizioni necessarie per la destinazione degli enti che ne fan parte. Ad attuare un tanto scopo lo Stato debbe operare come un principio superiore alle attività individuali dirizzandolo allo scopo comune del Diritto ; diguisachè la Sovranità del Diritto si appalesa nella Sovranità dello Stato. Ma perchè la Sovranità dello Stato rappresenti la sovranità del Diritto abbisogna di una nota essenziale, e questa è l'*impersonalità*. La quale si consegue allorchè gli atti della Sovranità dello Stato si compiono secondo norme prestabilite, astrazion fatta dalle varie individualità, anzi eguali per tutti coloro che son chiamati all' attuazione del giure. Queste norme sono le leggi senza le quali non v' ha *società giuridica* ma coesistenza selvaggia. Laonde la Sovranità debbe riconoscere per via di norme generali i dettamenti del Diritto *(formazione delle leggi)*; debbe riconoscere l' applicabilità delle leggi formate ai casi speciali *(giudizi)*; debbe dare attuazione al Diritto nei singoli fatti mercè la esecuzione dei giudizi fondati nella legge *(esecuzione dei giudicati)*.

Ciò posto se la legge che governa un tutto ne governa altresì le singole membra, egli è indubitato che queste cose tutte le quali abbiam dette del Diritto in generale si avverano pure a rispetto del Diritto Penale. Laonde la *punizione del reato è ufficio dello Stato, epperò della Sovranità civile che rappresenta lo Stato* ; 2.° questa punizione debbe essere attuata impersonalmente epperò con la via delle leggi riconoscitrici dei dettamenti del Diritto ; 3.° all' attuazione della giustizia penale richiedesi: 1) la *legge penale*; 2) il *giudicio penale*; 3) l'*esecuzione del giudicato*, *come attuazione della legge*.

§ 24. *Organo, condizioni ed efficacia della legge penale.*

La legge penale può diffinirsi *l' espressione del Diritto Penale per opera della società giuridica.* Un tal pronunciato porge nel suo svolgimento triplice dottrina; perchè primamente richiedesi un *organo* acconcio a tale espressione; in secondo luogo quest' organo deve adempiere talune *condizioni* perchè il suo operato dicasi legge penale; ed infine quella che è legge penale perchè emana dall' organo acconcio e risponde a tutte le condizioni debbe avere una *efficacia.*

A) Dell' organo della legge penale. L' ufficio di esprimere il Diritto si avviene alla società giuridica medesima, ma debbe essere attuato da quella potestà che secondo la legge fondamentale dello Stato è chiamata a formar le leggi in generale.

B) Le *condizioni della legge penale* si dividono in due categorie, la prima delle quali concerne il contenuto e l'altra la forma.

1) A rispetto del contenuto, la legge penale *a*) dee contenere una determinazione di tutto ciò che è materia del Diritto Penale; cioè del reato, della pena e della punizione del reato come procedimento penale nel giudizio e nella esecuzione, *b*) dee fissare *a priori* tutto ciò che è determinabile *a priori* cioè tutto quello che è generalità giuridica indipendente da' casi particolari, lasciando al giudice una latitudine per tutte quelle contingenze che non possono essere prevedute; *c*) accomodarsi alle condizioni speciali di quella società giuridica da cui emana, ma avvicinandosi sempre più all' idea del Diritto Penale, all' archetipo della giustizia punitrice.

2) Quanto alla forma essa debbe esser tale che nessuno possa addurre come pretesto di non conoscere la sua esistenza. Epperò la legge penale *a*) debbe essere scritta e nell'idioma proprio di quella società su cui deve imperare; *b*) debbe aggiugnere alla sua forma propria qualche solennità che mostri il suo derivarsi dallo Stato, e questa forma è appunto la *sanzione*; *c*) debbe esser pubblicata con una forma che fissi la data certa della sua pubblicazione, cioè con la *promulgazione.*

C) Efficacia della legge penale. La legge penale è forma in cui si incarna il Diritto quando ha in sè le due note essenziali di derivare dall'organo giuridico, e di aver quest'organo adempiute le condizioni essenziali per aversi il suo operato come legge penale. Ed essendo forma del Diritto, l' autorità del Diritto in essa si trasfonde e la fa degna di ossequio. Ma perchè la forma è fragile e caduca ed il maggiore svolgimento della coscienza del Diritto in un popolo necessita il miglioramento nella sua attuazione, la legge penale come parola del Diritto è temporanea e rivocabile innanzi alla Sovranità giuridica dello Stato; e solo fino a che non è revocata da altra legge secondo le forme prescritte dal Diritto fondamentale dello Stato, è rivestita di efficacia giuridica. Dalle quali cose si raccolgono tre pronunciati:

1) La legge ha una sfera di attività determinata e finita non essendo identica al Diritto che ha una sfera di attività universale. E questa limitazione si genera dalle due forme essenziali del finito cioè dal *tempo* e dallo *spazio*. Sicchè *a*) quanto al tempo la legge obbliga per l' avvenire finchè non è revocata e solo dal momento che è pubblica senza potersi ricondurre a'fatti anteriori salvo che trattisi di più mite valutazione da essa fatta di una data azione; *b*) quanto allo spazio la legge penale è territoriale cioè limitata ai confini di quella società giuridica dal cui seno essa emana, senza stendersi su' propri membri dello Stato pei fatti operati fuori del territorio dello Stato, ma stendendosi su coloro che si trovano fuori del territorio dello Stato per quei fatti che furono eseguiti entro del territorio. Ma nei confini dello spazio e del tempo, innanzi alla legge penale *tutti debbono essere uguali* senza *distinzione di ceto o di persona*, in virtù del principio della eguaglianza giuridica di tutti gli esseri umani.

2) La legge nei suoi limiti di spazio e di tempo debbe essere la sola forza sociale operante nello Stato in materia penale. Laonde *a*) ogni punizione debbe radicarsi nella legge senza potersi dar luogo a punizione in via di consuetudini o di potere arbitrario del giudice; *b*) la interpetrazione della legge

penale debbe essere restrittiva e non estensiva o analogica, cioè limitarsi al senso letterale quando la lettera è chiara e solo risalire all' interpetrazione razionale, allo spirito della legge quando il senso più mite si anteponga al senso più duro di una legge poco chiara.

3) La legge essendo la sola forza sociale operante nello Stato debbe essere messa in movimento necessariamente, e la sua attuazione dipendendo dalla condizionalità che il malefizio si verifichi, lo Stato ha il debito di andare investigando i fatti criminosi, ed ottenutane la notizia ha il debito di procedere alla attuazione della giustizia punitrice a rispetto dei medesimi. In ciò si fonda la teorica dell' *azione penale* come *pubblico ministerio* e necessaria conseguenza dell' apparizione del reato. Se non che vi possono essere dei casi in cui non è possibile l'attuazione della giustizia punitrice per gli ostacoli che limitano le forze della società umana e questi ostacoli che estinguono l'azione penale sono o la mancanza del subbietto su cui la giustizia debbe operare (*morte del reo*), ovvero l' elasso di lungo tempo che disperda le vestigia del reato e ne cancelli la memoria dalla coscienza sociale (*prescrizione*). I quali due casi contemplati dalla stessa legge penale, nello avverarsi sono pure chiamati a rappresentare l'azione della legge penale, perchè in essi la legge penale medesima riconosce distrutta la sua efficacia di giusta ritorsione.

II. DEL GIUDIZIO PENALE

§ 25. *Generalità sulla materia.*

Quando la legge penale è formata due condizioni egualmente sacre richiede la giustizia punitrice: 1) che niuna violazione della medesima rimanga esente da punizione; 2) che solo l' individualità del certo autore di un reato certo soggiaccia alla pena nei confini del suo reato rispettandosi ogni altro individuo straniero al reato. Queste due necessità giuridiche porgonsi come due principii l' uno di contro all' altro. L' uno può dirsi principio sociale perchè tutta la società umana debbe attuare la giusti-

zia penale nella punizione del reo. L'altro può dirsi principio individuale perchè si rannoda al diritto dell'individualità umana in quanto che coloro che sono estranei al reato han diritto di non soffrire a cagione di esso; ed il reo ha il diritto di esser punito nei confini della sua reità. A conciliare questi due principii è necessario l'intervento di un terzo principio che li componga a sintesi, e questo è il *vero* promulgato in un giudicio in cui spariscono le apparenti contraddizioni per virtù di un giudice determinato dalla legge e con forme dalla legge prescritte che assicurino ad un tempo il principio sociale della punizione del reo e il principio individuale dell'assoluzione dell'innocente. Questo vero che forma l'essenza intima del giudizio penale ha tre note proprie: *a*) L'una è quella di esser duplice cioè di contenere una *verità di fatto* ed una *verità di diritto*; *b*) l'altra è quella che la verità di fatto non sempre si appalesa spontanea come nella flagranza del malefizio ma spesso viene occultata dall'interesse personale e fa mestieri disseppellirla; onde il vero di fatto vuol essere *investigato* e quando si crede averlo raggiunto bisogna *esaminarlo*, e il risultamento di questa disamina costituisce il *giudicio di fatto*; *c*) l'ultima è quella che l'assicurazione del vero sia *legale*; e questa legalità consiste in tre condizioni: 1) che gli organi del giudizio penale sien quelli destinati dalla legge; 2) che il procedimento si avveri in conformità della legge che regola il giudizio penale; 3) che il giudice sia la parola vivente della legge *jus dicendo* e non *jus condendo*. Le quali tre condizioni si riassumono nelle tre parole: *competenter, rite, et recte (judicetur)*. L'indole dunque del giudicio penale è un divenire, un procedimento che si prepara nel terreno misto della *inquisizione delle pruove* e della *disamina delle medesime* per compiersi nel *pronunciato di fatto* a cui rannodasi il *pronunciato di diritto* come risultamento di comparazione tra il fatto accertato e l'ipotesi astratta della legge. Questo procedimento ha per inizio la notizia del reato, ha per essenza lo accertamento del reato e del reo (pruova generica e pruova specifica); ha per compimento la punizione del colpevole secondo la legge penale, o l'assoluzione dell'innocente.

Da questa dottrina generale si desume la trattazione di tre dottrine secondarie cioè quella dell' organo del giudicio, quella delle condizioni del medesimo, e quella infine della sua efficacia.

§ 26. *Continuazione.*

A) Organo del giudizio penale. L' organo del giudizio penale è il giudice sendo che la pronunciazione è il momento proprio ed essenziale del medesimo. Non pertanto perchè il giudicio ha degli atti i quali antecedono necessariamente il pronunciare egli è bisogno di altri organi che servano al giudizio penale benchè sieno diversi dal giudice propriamente detto. Ma perchè nello Stato tutto quanto egli è duopo di parecchie individualità che rappresentino il giudice penale e di parecchie individualità che servano al giudicio penale, egli è d' uopo specificare la teorica dell' organo del giudizio penale nei suoi elementi. Epperò fa mestieri avvisare prima in astratto la potestà di rappresentare il giudizio, poscia le varie diramazioni di questa potestà, ed infine la potestà concreta secondo le varietà ricondotte al principio dell' unità fondamentale.

1.° La potestà astratta del giudicare *(juris-dictio)* emana dallo Stato secondo la sua forma fondamentale ed è il mandato che incombe a tutti i giudici della applicazione della legge ai singoli fatti. In materia penale la giurisdizione è la potestà di applicare la legge penale sia pronunciando sul fatto, sia pronunciando sul Diritto. E da questa bisogna distinguere la giurisdizione impropria o *quasi giurisdizione* che importa l'esclusiva potestà di rappresentare una data parte nel giudizio penale.

2.° L' organamento dei vari magistrati abbraccia due capi: il sistema dei giudici, e il sistema degli uffici secondarii presso ciascun giudice. 1) I magistrati a cui compete il pronunciare porgono un lato di unità, un lato di varietà, ed un lato di sintesi. *a)* L' unità viene espressa dalla loro comune elezione a norma della legge giurisdizionale; *b)* la varietà è rappresentata dalla partizione dei magistrati in giudici di fatto e giudici di Diritto, dalla partizione in alta e bassa giurisdizione penale, e dalla partizione territoriale; *c)* la sintesi è rappresentata da

un supremo giudice centrale chiamato a ricondurre alla unità della legge la varietà dei giudizii. 2) Gli organi addetti a rappresentare una parte nel giudizio penale si distinguono a seconda dei suoi momenti. Onde *a)* organo dell' inquisizione è la *Polizia giudiciale*, come una diramazione dell' autorità esecutrice dello Stato per l' esecuzione della legge penale; *b)* organo della discussione sono i due ministeri chiamati a formare l'agone giudiziale, cioè il ministero dell'*accusa* ed il ministero della *difesa*; *c)* organi di coadjuvazione per l' accertamento e la notificazione degli atti sono gli *attuarii* e gli *uscieri*. Ma tutti questi organi dovendo concorrere alla comune opera del giudicio penale rappresentata eminentemente dal giudice, debbono essere tutti addetti presso ciascun magistrato rivestito del potere di giudicare, e dipendere da esso come da censore.

3.° La competenza è la *giurisdizione concreta nei suoi limiti legali*. Il principio che la regola è il limite imposto dalla legge al potere di giudicare o rappresentare alcuna parte nel giudizio penale, nascente sia dalla materia, sia dal territorio, sia dalla gerarchia. Di qui nascono le due nozioni correlative della competenza e dell' incompetenza co' principii infrascritti. *a)* Ogni Magistrato entro i *fines jurisdictionis suae* è competente e debbe escludere ogni altro Magistrato dallo intromettersi di ciò che a lui si appartiene, ed ogni Magistrato è incompetente e non può aver potere *ultra vel supra fines jurisdictionis suae*; *b)* v' ha dei casi in cui il magistrato competente debbe astenersi e l' incompetente pronunciare, e questi casi si rannodano tutti al principio della impersonalità o imparzialità del giudice *(ricusa e rinvio)*; *c)* la competenza è principio d'ordine pubblico, sopratutto in materia penale, epperò indipendente dall' arbitrio degli individui, sicchè il giudice competente non può rinunziare la pronunziazione e il giudicabile non può esser sottratto nè sottrarsi da sè medesimo a quel giudice che la legge gli destina.

§ 27. *Continuazione.*

B) Condizioni del giudizio penale. Il giudizio penale debbe avere come scopo il Diritto, come obbietto l' accertamento del vero, come carattere l' imparziale eguaglianza nella protezione del principio sociale e del principio individuale. Ma per meglio discernere le condizioni essenziali del giudizio penale egli è mestieri seguirne i momenti essenziali, cioè i quattro stadii della *istruzione* della *discussione* della *pronunciazione* e della *revisione di legalità del giudizio.*

1.° L' istruzione dee preparare il terreno alle altre operazioni giudiziali senza nulla diffinire. Epperò dee: *a)* muovere da fatti certi senza supposizioni prestabilite; *b)* proponersi il vero indipendentemente da ogni interesse di accusare o difendere; *c)* conciliare la necessità del segreto perchè il reo non occulti le vestigia del reato attraversando le vie (se sono a lui note) della inquisizione, con le garentie dovute all'individualità mercè la *scrittura autentica* come storia fedele degli atti istruttorii; *d)* assicurare le vestigia del reato nell'elemento generico e nell'elemento specifico senza nulla produrre di diffinitivo sulla condizione del sospetto reo; *e)* assicurare per maniera preventrice la custodia del reo sospetto senza ledere la inviolabilità dello innocente.

2.° La discussione debbe essere un combattimento giudiciale, una lotta dell' accusa e della difesa innanzi alla coscienza sociale con le armi delle pruove poggiate sulla *testimonianza dell' uomo* o su' *documenti.* Laonde essa deve: *a)* disaminare tutte le pruove per immediata verificazione di testimoni e documenti; *b)* procedere con le due forme della *oralità* e della *pubblicità* perche tutti veggano e conoscano immediatamente le pruove raccolte ; *c)* assicurare con la scrittura autentica lo adempimento degli atti legali; *d)* proteggere l' eguaglianza dell'accusa e della difesa come di due entità giuridiche egualmente sacre ne' loro diritti ; *e)* non tralasciar nulla che possa menare ad ulteriore scoprimento di quel vero che è l'unica via per l'attuazione della giustizia punitrice.

3.° La pronunziazione dee contenere due sentenze: l' una è di fatto a cui è base il puro *criterio morale* della coscienza nel duplice confine della *legalità delle fonti* ove il medesimo debbe essere attinto, e della duplice pruova del *genere* e della *specie* (fatto materiale, ed autore); l' altra è di diritto e consiste nella comparazione del fatto accertato con l' ipotesi legislativa e però vien regolata dal *criterio legale*, manifestandosi o come assoluzione di colui che è riconosciuto innocente certo o incerto colpevole, ovvero come sottoposizione di colui che è dimostrato colpevole a quella pena che la legge ha fissata per il reato di cui egli è ritenuto essere cagione sciente e volontaria.

4.° La revisione della legalità del giudicio penale è sempre sottoposta alla forma di un giudicio, epperò di una *pronunciazione* come risultamento di analoga *discussione* che abbia per iscopo di paragonare il giudicio ai dettati della legge per *confermarlo* in caso di conformità od *annullarlo* in caso di discordanza dalla legge, *rinviando* ad altro giudice la medesima causa perchè sia disaminata nuovamente nel suo merito intrinseco.

§ 28. *Continuazione.*

C) Efficacia del giudizio penale. Il giudicio penale che emana dall' organo legale cioè dal giudice competente, ed in cui il giudice competente *recte et rite judicat*, cioè secondo le forme legali accerta il vero (*rite*) ed al fatto accertato applica sanamente il criterio legale (*recte*), è un atto della Sovranità che ricevendo in se l' autorità della legge può considerarsi come un comando che emana dallo Stato. Di qui sorgono tre pronunciati:

1.° La pronunciazione acquista presunzione di verità nel senso di non doversi porre in controversia quello che lo Stato ha già deciso; sicchè niuno per un fatto sul quale vi è giudicato può essere più tradotto in giudicio.

2.° La enunciazione contenuta in un pronunciato inattaccabile ha vigore ma nei limiti della specie di fatto che diede materia al giudizio.

3.° Il giudicato debbe essere eseguito e nella sua esecuzione sta l' esecuzione della legge.

III. DELLA ESECUZIONE PENALE

§ 29. *Organo, condizioni, ed efficacia dell' esecuzione.*

Il supremo integramento della giustizia penale sta nella esecuzione perocchè per mezzo di essa il comando del Diritto, di astratto che esso è, diviene un fatto individuale e concreto. L' esecuzione è regolata dal principio del comando cioè che tanto si deve operare sugli individui per quanto ne ingiungono i pronunciamenti giudiciali. Da ciò sorge la triplice disamina dell'organo dell'esecuzione, delle sue condizioni, della sua efficacia.

A) Organo dell' esecuzione. L'esecuzione penale dee derivare dallo Stato per essere improntata del marchio autorevole del Diritto. Laonde: 1.° lo Stato debbe istituire una potestà esecutrice in materia penale; 2.° questa potestà vuol essere organata in guisa da disporre della forza pubblica dello Stato e adoperarla all' attuazione della legge penale; 3.° questa potestà esecutrice in materia penale debbe essere una diramazione della potestà esecutrice dello Stato in generale ma debbe pure esser sottordinata all' autorità giudiciale come ad interpetre legittima dei dettamenti della legge penale.

B) Condizioni della esecuzione. La esecuzione dovendo trasfondere il dettato della legge in un fatto concreto debbe: 1.° essere preceduta da un giudicato che la renda giustificata altramente è sempre un atto arbitrario, 2.° tramutare in un fatto il giudicato epperò adoperar tutti i mezzi consentiti dalla legge, e restringersi esclusivamente all' individuo su cui cade il giudicato ; 3.° non oltrepassare la misura della pena inflitta nella condanna, sia nel genere, sia nel grado, sia nella durata.

C) Efficacia dell' esecuzione. La esecuzione della legge penale produce l' annullamento compiuto della negazione del Diritto, l' *estinzione del reato.*

APPENDICE — DELLA INDULGENZA DEL PRINCIPE.

§ 30.

Di sopra alle tre potestà fondamentali dello Stato la Sovranità dee conservare la sua unità mercè un alto potere neutrale che rannodi armoniosamente le altre forze della società, e se modifica la legge in qualche caso speciale, lo faccia senza ledere i diritti di nessuno bensì favoreggiandoli. In ciò si radica la prerogativa del capo dello Stato che dicesi Indulgenza del Principe o diritto di grazia. Vi ha taluni casi in cui la vita stessa dello Stato richiede alla sua conservazione una eccezione al principio della necessità dell' azione penale; vi ha pure altri casi in cui le condizioni particolari di alcuni individui possono esser tali che la severa applicazione della legge tornerebbe violazione della giustizia punitrice in sè medesima. Ed avvisato da questo aspetto il diritto di grazia può dirsi rimedio a quel *summum jus* che in taluni casi può tornare *summa injuria*. Il quale se impedisce il procedimento giudiciale prima che il giudizio sia pronunciato dicesi *indulto* o *amnistia* dall' obblio che si sparge di sopra al reato; e se impedisce gli effetti del giudicato condonando o commutando la pena dicesi più specialmente *grazia*. La quale ultima è chiamata a rappresentare una parte importante nella giustizia penale concatenandosi all' elemento dell' *emendazione* essenzialmente contenuto nella pena.

CAPO SECONDO

Storia succinta del Diritto Penale

—

§ 31. *Avvertenze preliminari.*

La Storia del Diritto Penale non può essere trattata isolatamente nè empiricamente; per rispondere al bisogno della età presente che la storia sia scienziale egli è duopo riannodarla a due pronunciati. Il primo dei quali è che la storia è la delineazione della *vita* come svolgimento reale della essenza ideale dell' uomo, il che importa che al divenire mutevole delle cose umane presiede la legge del progresso. E l' altro è che la storia di una data direzione della vita dee coordinarsi con la storia della vita intera dell' Umanità, quasi frammento della medesima epperò seguitar la sua legge e rannodarsi alle varie età di quella.

Finchè la storia si è rimasta per le sue indagini alla dottrina delle *similarità* posta dal Vico tutti ideavano una così detta *storia ideale della penalità* la quale si riproducea, giusta il principio delle similarità, presso ciascun popolo. Ed il Rossi, a cui la scienza penale tanto deve, venne ancora formolando una storia della giustizia penale presso tutti i popoli segnandone i vari stadi nel principio della vendetta individuale in quello dell' interesse pubblico ed in quello finalmente della giustizia. Questa ipotesi è assurda se vuolsi in essa ravvisare il movimento del Diritto penale in tutta l' umanità perchè i fatti non sono mai simili tra loro ed anco laddove si porgano delle simiglianze vi ha sempre ne' fatti posteriori qualcosa che negli anteriori non si rinviene; ed essa è falsa egualmente se si vuol con essa costruire la storia del Diritto Penale presso ciascun popolo perchè i fatti stessi addimostrano che altra è la manifestazione della giustizia penale appo i Romani, altra appo

i Greci, nè vi sarebbe più *storia* se tutti i popoli rappresentassero la medesima idea come non vi è storia, nel vero senso della parola, per la vita degli animali sulla terra.

Quella formola che noi abbiamo riconosciuta come il principio assoluto della penalità debbe essere pure il principio dinamico del movimento storico della medesima; e questo movimento si appalesa distinto dal principio in quanto che il principio guarda in una unità metafisica tutti i suoi elementi, e il movimento storico li porge l' un dopo l' altro secondo la legge del tempo, nella forma del divenire. Laonde gli elementi della formola ideale debbono porgere i vari momenti dell'apparizione della penalità nella storia. E d' altro canto questa successione dee pure rannodarsi alle leggi generali che presiedono al movimento storico di tutta la vita umana, come una parte di un tutto organico rannodasi al medesimo. Epperò quando dall' una parte si contempla la *legge storica* della vita dell' umanità e dall' altra gli *elementi* della formola ideale della giustizia punitrice, dalla sintesi di queste due nozioni si può dedurre quali debbono essere *a priori* le varie apparizioni del Diritto Penale nella storia.

La *legge storica* della vita dell' umanità non può essere altra che la sua stessa *legge etica;* imperocchè quel principio assoluto a cui l' umanità deve obbedire ha pure la forza di sospingere le umane generazioni a seguire i suoi dettamenti malgrado le momentanee ed accidentali discordanze che si rannodano alla stessa libertà dell' arbitrio umano. La legge etica dell' umanità è l' ordine morale o il concordarsi di tutte le attività umane nel bene universo per opera dell' arbitrio. Sicchè l' umana famiglia è chiamata a reggere sè stessa secondo il principio assoluto di quel bene che a tutti gli enti si partecipa. E questo è pure il supremo principio della scienza della storia. Gli elementi dell' ordine morale sono il *principio assoluto*, il *libero arbitrio*, e la *sintesi di questi due momenti*. E però l' umanità nella sua vita percorre tre epoche. Nella prima l' Assoluto dirige i suoi passi senza che ella operi *(duce naturâ)* e questo tempo di innocenza primitiva non è storico per-

chè manca l' attività propria dell'uomo. Nella seconda l'Umanità passa a muover sè stessa affermandosi come centro dinamico delle sue operazioni, e quì apparendo l' arbitrio libero si porge l' *antitesi* del bene e del male e questa è l' età storica per eccellenza, contenendo le manifestazioni dell' attività umana. Nella terza l' umanità si coordina armoniosamente con l' assoluto; e questa età per ora sfugge alla storia perchè la vediamo in un lontano avvenire. Cosicchè l' età che si concatena alla storia empirica in cui trova la sua manifestazione è la seconda cioè quella dell' *antitesi*. La quale come espressione della vita propria dell' umanità dee contenere dei legami con le altre due età. Cosicchè vi dev' essere un primo periodo in essa che sia riproduzione ancora della prima età mercè il predominio del suo elemento; il quale si appalesa nella forma del *principio religioso* sendo la religione uno degli elementi della vita ma quell' elemento pure che immediatamente deriva dall' assoluto; un secondo periodo che appalesi l' essere proprio dell' antitesi nella sua pienezza sino alle estreme conseguenze, ed un terzo periodo che sia preparamento alla terza età, sia preludio della sintesi avvegnachè conservi ancora tutti gli elementi della discordanza che son propri dell' età cui si riferisce. In mezzo a questo movimento generale della vita umana le sue branche speciali debbono rinvenire la loro legge di vita. Nella prima età che precede la storia nulla si può ravvisare di vita per queste singole branche. Esse cominciano ad apparire quando l' età del vario e dell' antitesi comincia. Ed in questa età del vario, quando dura il primo periodo che è quello dell' unità predominante le varie branche appariscono sottordinate a questo predominio senza vita propria ed indipendente; quando nel secondo periodo apparisce la varietà, allora le branche speciali appariscono e cercano il loro principio fuori dell' uno assoluto cioè nell' umanità medesima la quale pone in quel periodo di antitesi sè stessa come *criterio del suo vivere*; e quando infine apparisce il periodo preparatore della sintesi nella stessa antitesi anche per le branche speciali della vita umana apparisce un periodo che le prepara all' età dell' armonia universale, in

quanto che ciascuna branca speciale si avvia a riconoscere nello assoluto il suo principio supremo non altramente che le varietà tutte sentono il bisogno di ricongiugnersi all' uno e raggrupparsi tra loro d' intorno ad esso. Così il Diritto in generale percorre tre età storiche. La prima è l'*età religiosa* in cui esso è contenuto nel principio superiore della volontà di Dio manifestata come comando; la seconda è l' *età umana* in cui esso si svolge come opera dell'uomo che nell' uomo stesso ha il suo principio ed il suo fine; la terza è l'*età razionale* in cui esso si svolge come sintesi dell'operare umano e del volere divino mercè l'efficacia della ragione che rannoda intimamente l'uomo a Dio.

Se a queste considerazioni noi aggiungiamo quella che nasce dallo avvisare gli elementi contenuti nella formola suprema del Diritto Penale noi raccoglieremo che tre sono i principii della penalità: 1) un obbiettivo assoluto che s' impone alla volontà degli uomini ed alla loro attività cioè la punizione del delitto nel suo autore, 2) la subbiettività umana nelle due forze della società giuridica e dell' individualità, 3) il vincolo che rannoda le due forze subbiettive e fra loro e col principio assoluto della giustizia punitrice. Nell' età religiosa pertanto del Diritto in generale debbe apparire l' età religiosa del Diritto Penale, ed in tal modo l' obbiettivo assoluto dee porgersi sotto l' aspetto di una Divinità oltraggiata dal malefizio che vuol esser placata per via della punizione del delinquente la quale diviene lavacro della società nel cui seno si è avverata la colpa. Nell' età umana del Diritto in generale debbe apparire l' età umana ed *antitetica* del Diritto Penale, ed in questa l' antitesi si appalesa e con ciò che la penalità cerca il suo principio fuori di Dio, cioè nell' uomo, e con ciò che cercandolo nell' uomo lo ravvisa nei suoi vari elementi dell' *uomo sociale* e dell' *uomo individuale*, con la legge di successiva affermazione che guarda prima l' elemento sociale come più vicino al principio assoluto poscia l' elemento individuale e finalmente tentenna fra l'uno e l' altro sino a che non riconosca la necessità di un principio superiore — E per ultimo nella età razionale del Diritto debbe pure appalesarsi l' età razionale del Diritto Penale in cui la

società e l' individuo armoniati fra loro in amichevole connubio si concatenano sinteticamente col principio divino della giustizia retributrice.

Se noi percorriamo la storia empirica troviamo verificate nei fatti le leggi che abbiamo esposte. E per fermo la storia comincia dal tempo dell' antitesi e segnatamente da quel periodo primo dell' età di opposizione in cui si riproduce l'indole della età anteriore mercè il predominio dell' unità dell' assoluto nel principio religioso che involge tutte le cose. Questo tempo dura fino alla civiltà classica dell' Occidente che si contrappose alla vita religiosa dell' Oriente e che porse con la Grecia lo svolgimento dello spirito nel suo mondo interno cioè nella scienza e nell' arte bella, e con Roma lo svolgimento dello spirito nel mondo esteriore cioè nel pratico operare, nel Diritto. Prima del mondo romano il Diritto è vivuto nel seno dell' umanità ma senza coscienza di sè stesso, involuto nel dominio della religione senza che i suoi precetti dai precetti di questa si distinguessero. Dai tempi di Roma fino ai dì nostri il Diritto presenta il suo periodo extra-religioso, il periodo umano, aggirandosi nel puro campo della vita umana come lotta del principio sociale e del principio individuale. E solo l' età nostra che può avvisarsi come quella in cui comincia per la vita totale dell' Umanità a sentirsi il bisogno della sintesi, è quella età incipiente del Diritto in cui si appalesa a poco a poco il bisogno di sottoporre non la società all' individuo non l'individuo alla società, ma la società e l' individuo ad un comune principio che è fondamento di entrambe, cioè alla giustizia assoluta che splende innanzi alla ragione umana—Il che si manifesta altresì per quella branca del Diritto che concerne la punizione del malefizio.

Epperò noi crediamo doversi dividere la storia della penalità in tre periodi:

a) Il primo abbraccia tutto quel tempo che corre fino alla apparizione del Diritto Penale Romano.

b) Il secondo abbraccia tutto quel tempo che corre dal Diritto Penale Romano fino ai tempi nostri.

c) Il terzo che costituisce l'avvenire del Diritto Penale ha avuto una prima apparizione con alcuni codici recenti e sfugge per conseguenza alla cognizione storica che al passato si riferisce.

PERIODO PRIMO

DIRITTO PENALE ANTERIORE AL DIRITTO ROMANO

§ 32. *Partizione della materia.*

La caratteristica fondamentale del primo periodo si è che la personalità illimitata di Dio essendo cagione dei comandi ingiunti all'uomo, quando si porga la violazione di questi comandi, il reo debb'essere punito perchè la Divinità offesa sia placata (*supplicium*). Sonovi di quelli che credono le instituzioni penali aver cominciato dalla *vendetta privata* presso tutt'i popoli nel primo stato della loro civiltà; ma noi crediamo doversi distinguere le istituzioni propriamente dette dalle tendenze del cuore umano. Egli è scolpito nella natura stessa dell'individualità umana l'esser sospinta da interno impulso a vendicare le offese che ad essa si fanno o a taluno che essa consideri come parte di sè medesima; e questo fenomeno si è avverato sempre, e in tutti i luoghi. Ed egli è certo che dovunque si appresentano delle orde la cui vita non è rischiarata dal lume della civiltà sociale le passioni dell'uomo si manifestano in tutta la loro forza onde la maggior parte dei popoli selvaggi presentano il selvaggio e brutale spettacolo della vendetta del sangue non repressa da legge veruna. E questo sentimento di respingere l'offesa con l'offesa, la forza con la forza, si appalesa, anche quando l'ordine sociale ha vigore, come un fatto dell'individuo che ricalcitrando al principio giuridico cerca riparare i torti a lui fatti facendosi giustizia con le sue mani medesime. Ma da questo fenomeno sono ben distinte le convinzioni della società umana che passano ad aver l'efficacia d'instituti giuridici. La vendetta privata, come *instituzione giuridica* vedremo essere apparsa solo una volta nella storia della penalità cioè con le instituzioni dei mezzi tempi per effetto della invasione barbarica; essa non po-

tea divenir coscienza sociale degli uomini del mondo antico; perchè la nozione della individualità non era per anco spiccatamente pronunziata; essendo piuttosto un fenomeno proprio della vita moderna questa contemplazione dell'individuo e del suo valore fra gli esseri del mondo. Gli individui poteano, ciascuno nel suo cuore, sentire il bisogno o gustare la gioia della vendetta; ma le punizioni della legge dovevano essere fondate sovra il principio che abbracciava tutta la vita umana in quel tempo, cioè sul principio religioso. Intanto perchè ogni periodo dee contenere un legame con gli altri, da questa necessità sorge la varietà nelle legislazioni informate dal principio religioso. E questo spiega l'apparire delle eccezioni di rincontro al principio generale. Sicchè la forma generale dee pure presentare un transito dalla età primitiva della niuna attività dell'uomo alla seconda che è quella dell'attività esclusiva del medesimo. Così la Storia ci porge prima del mondo romano l'Oriente e la Grecia. L'Oriente è la negazione dell'attività umana con l'eccezione del transito a questa attività mercè i vari organi che rappresentano il divino. La Grecia è il dominio dell'attività dello spirito emancipato dalla superiore efficacia del principio assoluto.

§ 33. — 1. *DIRITTO PENALE DELL'ORIENTE.*

Il carattere predominante dell'Oriente è la soggezione all'assoluto la quale rivelasi come avviamento ad emancipazione. Epperò bisogna distinguere in esso tre forme storiche: la soggezione all'assoluto nella purezza del significato, la soggezione ad un uomo come ad organo dell'assoluto, la soggezione all'uomo nella *diversità* delle sue forze a seconda delle diverse forme di attività dell'assoluto.

A) Il primo momento lascia un vestigio di sè nel Mosaismo. Il popolo ebreo fu conservatore religioso dell'età primitiva dell'umana famiglia per quanto il consentiva l'apparizione del principio di varietà col dogma del *peccato originale*. Il culto di Jehova è l'obbedienza al suo comando; e il suo comando

è puro ed ha per iscopo la bontà la santità dell'operare umano. La legge è venuta da Dio; non caste non privilegi non oppressiva servitù dell'uomo all'uomo. Dio è il solo Signore del popolo ebreo e niun uomo può dirsi signore e le leggi son mandati di Jehova imposti per mezzo di Mosè al suo popolo eletto. In questa apparizione della vita morale il Diritto Penale si presenta nella sua forma storica come espiazione e purificazione di una offesa fatta a Dio; perocchè verso Jehova vendicatore del maleficio son tenuti solidalmente tutti gl'individui che formano parte di quel consorzio nel cui seno il malo si è avverato. E nel Diritto Penale Mosaico che vuolsi avvisare come la vera apparizione del principio *teocratico* (ben distinto dal *jerocratico* di altri popoli orientali), trovansi i primi germi delle più salutari instituzioni penali avvegnachè con essi si appresenti sempre alcun che di rispondente alla vita orientale. Così due grandi pronunciati statuiva il Diritto Mosaico cioè *a*) necessità, per il delitto, del fatto e dell'intenzione; *b*) personalità della punizione non dovendosi punire niuno se non dei proprii peccati. Il principio della *retribuzione* si manifestò involto ancora nella forma grossolana e materiale del *talione*. I delitti religiosi e le incontinenze erano rigorosamente puniti cioè con la lapidazione o con la morte, ed era lecito a chiunque uccidere l'apostata del culto di Jehova, il che diceasi giudicio di zelo. Ma l'omicidio era punito allorchè volontario e nel caso d'involontarietà si dava l'asilo all'uccisore. Ed infine il giudizio penale era ordinato nel modo più conducente ad ottenere la verità, ed a tutelare l'innocenza.

B) Il secondo momento è già alcun che di opposto: imperocchè non è più Dio il signore supremo ma l'uomo stesso come rappresentante esclusivo di Dio colui che punisce. Questa forma si appalesa in una società patriarcale fondata nel principio della potestà domestica illimitata del padre di famiglia, cioè nella Cina. La quale rappresenta l'invariabilità e la immobilità della Natura nelle sue leggi. L'Imperatore è assoluto signore come figlio del Cielo e suo rappresentante. Egli è la immagine vivente della Divinità e come tale rappresenta

l'unità del potere religioso e sociale. Epperò a rispetto della penalità il dogma che si porge nelle instituzioni cinesi è quello che le pene vengono da Dio ma sono pronunciate dall'Imperatore come organo di Dio. Oltre a ciò l'interesse della conservazione dello Stato nella sua immobilità mena ad una estrema severità delle pene la quale accompagna tutte le leggi per forzare all'ubbidienza cieca verso le medesime. E già l'elemento del danno esteriore del reato era valutato assai più che l'elemento della intenzione. E nei giudizi la tortura porgevasi come un mezzo ordinario per giungere allo scoprimento del vero.

C) Il terzo momento è la separazione di questa unità onde appare il principio delle *caste*. E qui si appalesano due forme come predominanti: la casta sacerdotale e la casta militare; perocchè l'efficacia di un principio superiore all'uomo sull'uomo o dee palesarsi come soggiogante il suo spirito, o come soggiogante la sua forza organica corporea. Ed ecco il potere religioso ed il potere militare; onde abbiamo tre forme secondarie nelle quali questo momento si suddivide cioè il predominio del sacerdozio, la lotta tra il sacerdozio e il potere militare, il trionfo del potere militare. Delle quali tre forme la prima è più vicina ai momenti anteriori perocchè nella religione il principio assoluto è più efficace che non nella forza militare e l'ultima è più vicina all'età posteriore perchè la forza militare è pure dipendente dall'attività dell'uomo anzi serve come ultimo transito dal divino all'umano. Ora queste contrarietà si appresentano in due popoli che discendono da una medesima stirpe cioè negli *Indiani* e nei *Persiani* che derivano dal popolo Arja, originario abitatore dei monti Himalayah nell'Asia centrale. E la forma intermezza si appalesa nell'*Egitto* che storicamente segna un transito dalla civiltà indiana alla zendica dei Persi.

1) L'India è il predominio della casta sacerdotale perchè quelle diramazioni degli Arji che popolarono la regione dell'Indo e del Gange quivi trovarono una natura propizia e feconda e l'attività si rallentò nell'ozio e la contemplazione sottentrò all'azione e la *jerocrazia* trovò salde fondamenta. Il culto di

Brahma avea per depositarii esclusivi i *Brahmini* organi dell'assoluto Principio, conservatori della sua luce. Le altre caste poste in una gradazione tra loro (guerrieri o *ksatryas*, operai o *waisya*, servi o *soudras* e *parias* o fango degli uomini) son tutte sottordinate alla casta jeratica dei Brahmini i cui membri sono la incarnazione della giustizia, destinati ad immedesimarsi con Brahma, chiamati a custodire il tesoro delle leggi religiose e civili, a disporre delle cose tutte del mondo. In questa società religiosa e jerocratica il Diritto Penale rappresenta la giustizia divina che interviene a punire il delitto per organo dei sacerdoti. Il Signore (sta detto nella *Manava-Dharma-Sastra* o Codice di Manou) produsse il genio del castigo la cui essenza è tutta divina. La disobbedienza o irreverenza di un uomo della casta inferiore verso alcuno di casta superiore è punita con la mutilazione, l'ingiuria che muove dai soudras è punita con la recisione della lingua, il Brahmino come la più alta espressione del divino tra gli uomini non può soggiacere all'estremo supplizio, e quando si rende colpevole è punito di esilio; ed in generale le pene son diverse a seconda della casta cui il colpevole appartiene. L'adulterio è punito con esser la donna divorata dai cani e il suo complice bruciato vivo, è punito col talione l'omicidio; ed il furto, la falsa testimonianza, il giuoco e la scommessa sono pure puniti. E quanto ai giudizi la Divinità stessa interviene mercè i *i giudizi di Dio* con le prove della bilancia, del fuoco, dell'acqua, del veleno e simili ec.

2) L'Egitto, quali che sieno le vere origini storiche della sua civiltà che probabilmente ha comune l'indole con l'indiana, porge una duplice vita; perocchè in una prima età storica predomina in esso il potere jeratico, in una seconda questo potere è limitato dal militare, o laicale. La prima età storica si appalesa con lo Stato sacerdotale di Meroe simile dello intutto alla società jerocratica degli indiani, perocchè v'erano le caste, cioè la sacerdotale la militare la industriale e la servile. Ma di questa prima età rimangono poche vestigia per la mancanza di una propria letteratura. La seconda età storica è quella del principio laicale che limita il religioso mercè il

Principato e comincia dacchè Psammetico diede novella forma al suo civile organamento. Così per rispetto alla penalità egiziana daccanto al principio religioso dell' atroce punizione dei minimi peccati morali comincia ad apparire il principio umano. Allorchè un delitto avea luogo tutti coloro che ne aveano notizia doveano svelarlo sotto pena di battiture. Era punito il furto l' omicidio, il falso, l' alto tradimento commesso svelando al nemico i segreti della patria, il parricidio, e l' uccisione dei propri figli. Ma il politeismo materiale generò la punizione di morte per l' uccisione anco involontaria di alcuno degli animali deificati, o per l' uccisione premeditata di qualsiasi animale. Ai giudizi presedeano vari tribunali a capo dei quali si riconobbe la necessità di un tribunale supremo. E come mezzo a conseguire il vero giudiciale adoperavasi spesso la tortura. E solo si statuì nel caso di estremo supplizio doversi ubbriacare il paziente.

3) La seconda diramazione del popolo degli Arji che passò nelle terre della Babilonia, dell' Assiria, della Mesopotamia, trovò la natura delle regioni occupate renitente agli sforzi della attività umana; epperò venne di più in più indurandosi alle fatiche alle intraprese e divenne una razza militare per eccellenza. Così il popolo dei Persi che raccolse nella sua unità i regni sorti dalla caduta dello Impero Assirio, formano la più alta espressione della civiltà zendica. E quivi il potere militare predomina sulla casta sacerdotale; e per esso sorge il re di Persia come rivestito di un autorità senza limite veruno innanzi a cui debbono prostrarsi tutti i ceti e che distrugge la distinzione delle caste perchè tutte le agguaglia tra loro nella negazione di ogni diritto, dando solo superiorità a' capi del potere da lui scelti; il qual sistema di vita sociale a poco a poco degenerò per la mollezza in un governo di satrapi vigorosamente respinto dallo spirito operoso dei Greci. In questa società il Diritto penale porge il carattere speciale che il delitto è offesa verso il capo dello Stato, e che nelle costui mani stando la somma di tutti i diritti, il più grave dei malefizi è l' ingiuria al Signore di Persia. La niuna importanza data al-

l' uomo (tranne per l' eletto che era rivestito della potestà), giustifica innanzi a' Persi la severità atroce delle pene, l' abbondanza de' castighi corporali come la mutilazione delle orecchie, del naso, della lingua, delle mani, dei piedi, l'acciecamento, la frusta, ed oltre a ciò il seppellir vivo, il gettare ai leoni, lo schiacciar la testa ed altri supplizi di simil natura. E così la disubbidienza verso il Principe era delitto di maestà, e tale si riputava ancora il presentarsi non chiamato al cospetto del re, il presentarsegli con le mani nelle maniche della veste ed altri atti più innocenti ancora. Se non che bisogna rammentar come testimonianza benchè brutale dell' orrore che i Persiani sentivano per l' ingiustizia dei giudici che il giudice iniquo era scorticato vivo, e della sua pelle si facea seggio per il suo successore.

§ 34. — II. DIRITTO PENALE DELLA GRECIA.

La storia del mondo ellenico rappresenta un principio interamente contrario all' Oriente. Quivi l' attività dell' uomo è legata e fatta immobile dalla soggezione al principio assoluto; in Grecia l' attività deve appalesarsi come emanceppata, l'uomo come conscio di sè stesso e della sua forza. Egli è vero che nella Grecia primitiva troviamo una vita simile alla vita orientale. Ma questa vita primitiva dei Greci segna sempre un progresso. La Divinità presiede alla vita civile, ma il potere sacerdotale si tramuta in autorità sussidiaria; perchè Dio non più comanda ma *consiglia* con l' *oracolo* e l' oracolo nella sua *ambiguità* come consultazione mostra già un campo lasciato libero al pensiero per la interpetrazione. E d' altro canto la potestà regia si porge limitata dalle usanze che riconoscono il potere degli altri ceti. In questa prima condizione di cose i Greci concepirono la *Nemesi* come una Divinità che deve esser vendicata quando l'uomo l'ha oltraggiata col maleficio, concepirono le *Eumenidi* come tormento della coscienza perversa. E già questi pensieri son come preludii de' grandi pronunciati che la giustizia oltraggiata dal delitto debbe essere reintegrata

con la punizione del delinquente, e che la coscienza stessa del colpevole riconoscè la giustizia. Ed allorchè la Grecia lasciando le forme della vita primitiva si svolse a vita indipendente e sorsero le molte città con diverse forme di esistenza, a seconda dell' elemento doriese e dell' elemento jonico, le città doriche conservarono più il marchio primitivo del principio religioso ma le joniche cominciarono ad attuare alcun che del principio umano della penalità. Così nella città doriese di Lacedemone gli Eumolpidi consecravano il colpevole agli Iddii infernali. Nelle città joniche poi come in quella di Atene le tradizioni del voto di Minerva e quella della santità dell' Areopago mostrano la tradizione religiosa originaria; ma le leggi di Solone che vennero a temperare la sanguinosa legislazione di Dracone già portano il marchio del municipio, del *demos*, come emancipato dal potere religioso e dal militare. Così in generale la penalità dei Greci rappresenta la città che diviene organo di Dio nella punizione del malefizio e ripara gli oltraggi fatti alla Divinità; già si è affermato un principio interamente umano, il consorzio degli uomini, la totalità dei cittadini. Onde svolgonsi i principii dell' accusa popolare (γραφη) dell' intervento dei cittadini nell' amministrazione della giustizia mediante i Tribunali degli Eliasti, della discussione pubblica delle pruove, cioè dei testimoni e dei documenti, tra l' accusatore e l' accusato a cui tenea dietro la sentenza del Magistrato. E soprattutto dalle leggi di Solone traspare ancora l' altro principio, che si considera come offesa alla Divinità l' offesa diretta contro il *demos* e la stessa offesa alla Divinità cioè il delitto di religione non è così severamente punita. Il delitto di lesa nazione e il delitto di maestà come offesa del popolo eran puniti di morte, era delitto il proporre una deliberazione nelle assemblee popolari la quale fosse contraria alle leggi dello Stato, eran puniti di morte l' inganno teso al popolo e la diffalta dell' ambasciadore, eran punite con la degradazione civile dell' infamia (ατιμια) la corruzione e l' irriverenza ai pubblici ufiziali non altramente che i delitti militari come la diserzione, la viltà. L' irreligione (ασεβεια) era variamente punita a seconda della sua specie e

solo il furto di cose sacre era punito di morte. I delitti di incontinenza eran puniti con l' infamia, così questa colpiva e l' adultera e il marito che non la ripudiava. Solo l'abusare dei giovani era punito di morte. Quanto ai reati di sangue l'uccisione volontaria veniva punita di morte, la involontaria con un anno di esiglio, e con l' esiglio le percosse e le ferite. L'incendio ed il furto diurno eran puniti di morte, il furto notturno o di modico valore dava luogo ad azione privata; e la violazione del deposito era punita con l'infamia non altramente che la calunnia. Da tutto ciò si raccoglie che la Grecia affermò nel Diritto Penale la società umana come organo della Divinità. Un altro passo rimanea per cominciarsi la seconda età delle istituzioni penali cioè che la città per sè stessa come rappresentante della Umanità si ponesse come scopo della punizione di cui si era posta come ministra; e questo ufficio fu compiuto nel mondo romano.

PERIODO SECONDO

DIRITTO PENALE DAI TEMPI DI ROMA FINO AI TEMPI NOSTRI

§ 35. *Avvertenze preliminari e partizione della materia.*

La seconda età del Diritto Penale è quella dell' antitesi o della varietà in cui la penalità ricerca il suo principio fuori di Dio. La penalità cercando fuori di Dio il suo principio, cioè nell' uomo, debbe avvisarlo in tutti i suoi lati. Or l' *idea dell' uomo* viene attuata nel mondo da due categorie seconde, che sono l' *individualità* e la *società umana.* Epperò egli è necessario che si avverino tre età in questo secondo Periodo sendochè l' Umanità debbe prima affermare ciascuno dei due elementi isolatamente dall' altro e poscia affermarli simultaneamente entrambi nella loro opposizione. Il primo di questi elementi ad affermarsi è la società umana, imperocchè essa è più vicina al principio assoluto per la sua generalità, e quivi deve apparire dove la società è avvisata come la Divinità innanzi a cui l' uomo debbe immolare la sua propria esistenza.

L' individualità avvisata indipendentemente dalla società è il secondo principio che deve apparire nella storia. E l' ultima delle tre età nelle quali questo secondo Periodo si suddivide è quello della lotta tra il principio individuale e il principio sociale il cui risultamento sia l'affermazione di entrambi i principii come necessarj l' uno all' altro. Così noi seguiremo il Diritto Penale di questo Periodo in tre età storiche:

La prima di esse rappresenta l' esclusivo dominio del principio sociale ed è quella del Diritto Romano.

La seconda rappresenta l' esclusivo dominio del principio individuale ed è quella del Medio Evo.

La terza rappresenta la lotta dei due principii ed è il Diritto della società moderna dal secolo XII al secolo XVIII inclusivamente.

1. *DIRITTO PENALE ROMANO*

§ 36. *Avvertenze preliminari.*

Il popolo romano era chiamato a rappresentare il Diritto fra i popoli del mondo antico e ad essere la prima consecrazione di questo principio nella storia del genere umano conciliando in se medesimo quello che prima porgeasi come contrasto, cioè l' uno col vario, il necessario col libero. L'Oriente è il teatro della necessità; la Grecia il teatro dell' attività disimpedita. Il Diritto è di sua natura qualche cosa che raccoglie ad un tempo le opposte note del libero e del necessario. Onde Virgilio cantò:

Tu regere imperio populos romano memento
Hae tibi erunt artes, pacisque imponere morem
Parcere subjectis et debellare superbos.

E Sallustio parlando delle conquiste dei Romani disse : *nihil aliud victis eripiebant quam injuriae licentiam.* Ma perchè con Roma cominciava il Diritto a formolarsi con coscienza di sè stesso nel mondo della storia, in guisa che la città dominatrice dell' orbe fu salutata patria del Diritto, questo si porse nella coscienza dei Romani unificato con la loro coscienza nazionale; epperò il Diritto venne avvisato come qualcosa di santo

in quanto era la legge di Roma, il Diritto nazionale. Così Roma rappresenta il primo apparire del Diritto fuori dei confini della religione e il Diritto ha per principio per organo e per fine lo stesso principio sociale. Laonde il fondamento di determinazione del Diritto Penale romano è l'esclusivo dominio dello elemento sociale, mercè l'efficacia del consorzio civile. Se non che come ogni periodo speciale dee concatenarsi a tutta la vita dell'Umanità, così non si può disconoscere tre età nella storia del Diritto Penale romano: l'una delle quali rannoda il Diritto Penale al passato, l'altra lo rannoda specialmente al principio contemporaneo predominante, e l'ultima è qualche cosa di preparamento a'periodi posteriori, cioè un preludio dell'avvenire. Le quali tre età possono denominarsi l'una del principio religioso come retaggio della vita primitiva, l'altra del principio civile che forma l'elemento caratteristico del Diritto Romano, e finalmente l'ultima può dirsi quella del dissolvimento di questi caratteri per darsi luogo alle età posteriori.

§ 37. *A) Periodo religioso o principio teocratico dai primi tempi di Roma sino alle leggi Decemvirali.*

Ne' primi tempi di Roma malgrado la incertezza delle tradizioni storiche tutti riconoscono l'azione efficace del principio religioso. Gli augurii e le tradizioni mostrano il convincimento popolare che gli Iddii avrebbero punita l'intera città se i malfattori non venissero puniti, dove che l'ira divina credeasi placata con la punizione, che prendea nome di espiazione *(victimae piaculares)*. Le forme di denominazione della pena sono *supplicium, sacratio capitis, sacer esto Diis*. Alle quali cose aggiugnesi il *judicium domesticum* come avanzo della vita patriarcale, non che il *tribunale sacerdotale* come reliquia delle istituzioni religiose intorno al giure. Pure l'idea della società, l'idea del popolo, è quella che a poco a poco si va formando tra' Romani. Onde insin da'tempi remotissimi si congiunge alla *violazione dei termini*, la *perduellione*, il *parricidio*, l'*incesto*, il *ratto*, l'*ingiuria*, l'*incendio*, la *falsa testimonianza*; e so-

pratutto poi l' instituto della *provocatio ad populum* segna lo emanciparsi della giustizia dal principio divino.

§ 38. *B) Principio civile dalle Leggi Decemvirali sino alla caduta della Repubblica.*

Servio Tullio che Tacito chiama *primus sanctor legum* instituì i comizi. Quando il potere passò nelle mani del popolo, fu posto in vigore il principio che *de capite civium* dovevano pronunciare i *comitia centuriata*, il che avvenne forse per effetto della *Lex Valeria*. La *sacratio capitis* si perpetuò con meno di vigore, e subito le fu sostituita l' *aquae et ignis interdictio*, riconoscendosi con le Leggi Porcia e Sempronia non esser lecito il togliere di vita un cittadino romano. In questo stato di cose apparve il *Diritto Decemvirale*; e generalmente si riconosce come trascrizione dell' antico Diritto consuetudinario quella Legge delle XII Tavole che si conservò come pietra angolare del Diritto Romano per insino agli ultimi tempi del medesimo. Quivi si mostra una ruvidezza grossolana in quanto il delitto è guardato più dal lato materiale della sua apparizione esterna che da quello della intenzione criminosa; onde niuna distinzione del reato incoato dal consumato, niuna distinzione precisa di quello che costituisce la negligenza ed il caso da quello che forma propriamente il dolo. Quando apparisce il Diritto Pretorio attrae a sè la giurisdizione su quei fatti che offendono meramente l'interesse privato (come il *furtum*, l' *injuria* e il *damnum injuria datum*) e toglie a' medesimi il carattere vero della penalità riducendone le conseguenze alla riparazione pecuniaria. Il delitto propriamente detto appare in quei fatti che ledono la *res publica* e che appartenendo al giudizio popolare costituiscono i *crimina publica*. Nella sfera dei *crimina publica* si contengono la *perduellio* la *proditio*, l' *homicidium meditatum*, il *parricidium*, il *crimen repetundarum*, l'*ambitus*, il *falsum* come falsa testimonianza, la *corruptio* o *defraudatio boni nominis*, l' *incendium*, l' *incestus* e parecchi altri delitti contro l' agricoltura della quale la Divinità di Cerere era patrona. A questi delitti si apponeva come pena la

capitis minutio che se in origine fu *sacratio capitis* si mutò poscia nella pena di esilio (*aquae et ignis interdictio*) in quella della *infamia* e nella dichiarazione di *improbus* ed *intestabilis*. Al *tribunale sacerdotale* ed al *judicium domesticum* si aggiugne il Diritto della *Censura* che reprime i delitti contro la morale con pene di onore; e la *giurisdizione del Senato* pe' tempi di urgente pericolo. Ma centro della giustizia penale è il popolo stesso come legislatore e come giudice; e la ripetizione dei giudizi popolari formò a poco a poco un *usus* intorno i delitti puniti dal popolo in virtù di una legge, e quelli che eran puniti dal popolo senza essere stati da qualche legge avvisati come tali. La incertezza di questo *usus* e la parzialità dei giudizi popolari per le fazioni in cui Roma si divise diedero occasione alla instituzione dei tribunali momentaneamente delegati a giudicare singoli delitti (*quaestiones*), in cambio di tutto il popolo; il che avvenne di sovente finchè il 149 av. G. C. apparve la *Lex calpurnia* ad instituire una *quaestio perpetua* per il *crimen repetundarum*. Ed a poco a poco le *quaestiones perpetuae* furono introdotte a giudicare di tutti i reati capitali. Il popolo, in principio, rimase sempre giudice supremo sino al cadere della Repubblica ma solo eccezionalmente era chiamato a giudicare direttamente in gravi casi come in quello della *perduellio*; e negli altri casi era rappresentato da un tribunale stabile che legato ad una *lex* la quale avealo instituito ed al procedimento in essa prescritto dichiarava la reità o l' innocenza ed a capo del quale stando il Pretore apponeva in caso di reità (*liquet*) la pena prescritta da quella stessa *lex*, usando la parola *condemno*, oppure in caso d' innocenza o dubbio (*non liquet, liquet non*) pronunciava la parola: *absolvo*. Crebbe a mano a mano il numero di queste *leges* con le varie *quaestiones* da esse istituite per singoli reati. Ma colui che molte ne pubblicò fu Lucio Cornelio Silla il quale istituì una speciale *quaestio perpetua* per i principali *crimina publica*. Ed alle Leggi Cornelie (*de sicariis et veneficis, de majestate, de falsis etc.*) si aggiunsero poscia anco le leggi dei Cesari che presero nome di *Leggi Giulie*, ed ampliarono ed integrarono il sistema delle leggi cor-

nelie, sia sostituendosi ad alcuna di esse (*Lex Julia de majestate*), sia aumentandone il numero (*de peculatu, de ambitu, de vi, de parricidio, de adulterio de fraudata annona*). In ciascuna *lex* erano enumerate le azioni punibili, minacciate le pene che riduceansi ordinariamente all'*aquae et ignis interdictio* alla *infamia* ed alla *bonorum publicatio*, e fissato il procedimento intorno i giudici l'accusa e la prova. E così mancava una parte del Diritto positivo la quale contemplasse in generale ciò che spetta al malefizio indipendentemente dalle singole sue specie, salvo poche leggi giudiciarie come la *Lex Julia publicorum judiciorum*. Intanto v'ha due note comuni a tutte queste *leges*. La prima è quella del principio politico che si appalesa e nella determinazione di pubblici malefizi apposta a quei fatti che il principio della conservazione sociale voleva puniti, e nella *pubblicità del giudizio* e nel sistema dell'accusa appartenente *cuilibet de populo*; onde Cicerone formolando questo convincimento generale disse: *omnis castigatio debet ad reipublicae utilitatem referri* (De Off. I, 25). L'altra è quella di una maggior valutazione del reato nel suo elemento intenzionale la quale, sebbene iniziata da una massima di rigore come era quella di punire il proponimento anche dove l'evento mancasse in taluni casi atroci (*In maleficiis voluntas spectatur non exitus*), pure contribuì a svolgere una miglior coscienza di quello in cui consiste il Diritto cioè del suo imporsi alla volontà umana siccome un comando. Or queste *leges* informate dal principio politico la cui più alta espressione è la *Lex Julia de majestate* formarono la base di tutto il Diritto Criminale Romano dei tempi posteriori.

§ 39. *C) Corruzione del principio civile e Diritto Penale dell' età dell' Impero.*

Come l'Impero annientò la *città romana*, così il Diritto Penale imperiale porge un corrompersi del principio civile rigoroso che costituisce il suo dichinare. La potestà delle *quaestiones perpetuae* fu limitata dalla giurisdizione che l'Imperatore delegava al *Senato* o al *Praefectus urbi* o ad altri Magistrati;

l'*ordo judiciorum publicorum* s' andò dileguando come reliquia di antico tempo innanzi alla *cognitio extraordinaria* che divenne a poco a poco il procedimento ordinario. Le antiche *leges* rimasero ferme ma l' arbitrio dei giudici le applicava a casi da esse non preveduti; e talvolta avveniva questo in virtù di rescritti imperiali o di Senatoconsulti. Parecchi delitti pretorii vennero elevati al carattere di *delitti penali* col nome di *crimina extraordinaria* ed in generale si estese sempre più la considerazione che l' offesa all' individuo è pur degna di punizione come l' offesa allo Stato, essendo e l' una e l' altra una violazione della legge. L' accusa che fino a quell' ora era stata interamente dipendente dall' arbitrio dei cittadini cominciò a divenire necessaria manifestazione della legge penale conculcata, e così furon posti i germi del *procedimento ex officio*. Le incertezze del processo accusatorio ebbero un freno nei primi germi di una *inquisizione scritta*. Le antiche offese alla morale che soggiaceano al giudizio censorio passarono nel dominio del *giudizio pubblico* o *criminale*. In questo tempo si porgono due altre fonti della penalità: le *costituzioni dei Principi* e i *Responsi dei Giureconsulti*. Le *Costituzioni dei Principi* che negli ultimi tempi dell' Impero divennero fonte precipua del Diritto segnano per rispetto alle istituzioni penali un dichinamento del principio civile; imperocchè l' arbitrio del giudice venne esteso e con la *poena arbitraria* e con la potestà illimitata di *esasperare e mitigare* le pene delle antiche *leges*, i reati furono puniti più o meno a seconda di interessi contingenti diversi dalla giustizia i quali divennero dominanti; il *crimen majestatis* fu esteso a moltissimi casi stranieri veramente a quel reato nella sua essenza fondamentale, in maniera da divenire *crimen eorum qui crimine vacabant*, le pene divennero ineguali a seconda dei diversi ceti (*honestiores* ed *humiliores*), molte pene atroci furono escogitate, e severamente si punirono dei delitti leggieri; la *tortura* fu estesa dagli schiavi ai liberi, e la pena capitale fu prodigata contro i delitti di religione e i delitti di incontinenza. Pure di rincontro a questi deterioramenti si porge alcun che di buono; cioè l' istituzione dell' appello al Prin-

cipe come mezzo indirizzato al duplice fine di riparare gli abusi e di ricondurre sempre la potestà nelle mani del Capo dello Stato; come ancora la consecrazione del principio che niuno può esser condannato senza essersi difeso, onde l'assente può esser punito dell' assenza ma non essere tenuto reo senza un solenne giudizio con la sua presenza. E questi istituti ed altri pochi son dovuti a' giureconsulti romani. I quali nei loro responsi cominciarono dal formare principii generali tratti da singole determinazioni intorno i reati ed intorno le pene, a porre la dottrina in un certo ordine e collegamento. E questo lavorio della scienza del Diritto portò seco nel Diritto Penale romano per quanto era conciliabile col principio imperiale l' influenza dello stoicismo, cui è dovuto al certo che il Diritto Romano in taluni casi riconobbe una giustizia superiore allo Stato, una legge cui debbono piegarsi i suoi interessi, e che la penalità cominciò a tendere ad un certo spirito di umanità e di mitezza in alcune sue determinazioni. Ma l' opera dei giureconsulti si manifestò più efficace nel Diritto Privato che nel Diritto Pubblico epperò negli istituti penali predominarono le *Constitutiones Principum*. Intanto l' idea cristiana era apparsa nel mondo come la più pura delle religioni. E son di quelli che pretendono ravvisare una influenza del Cristianesimo nel Diritto Penale romano. Ma noi (salvo pochissimi tratti di lieve momento sulla tortura, sulle prigioni, sulla custodia dei rei) stimiamo che il Cristianesimo doveva rigenerare non il mondo romano ma il mondo umano; e per rigenerare l'Umanità non dovea trasformare ma distruggere l' edificio della civiltà anteriore. Sicchè se il Cristianesimo dovè spiegare la sua influenza, essa si manifesta in tempi a noi più vicini e costituisce l' amplissimo svolgimento del Diritto Penale nelle età posteriori; anzi, come il Lerminier disse essere il Cristianesimo non il passato ma l' avvenire dell' Umanità, così noi crediamo che all' avvenire del Diritto Penale si appartenga per appunto lo svolgere sempre più i germi contenuti nel principio cristiano.

Così vennesi formando per a traverso parecchi mutamenti il Diritto Penale romano di cui è rimasto un monumento non

solo nelle varie compilazioni anteriori a Giustiniano come il Codice Teodosiano, ma altresì nelle compilazioni di Giustiniano come appare dalle sue *Instituzioni*, dai libri XLVII e XLVIII del Digesto *(libri terribiles)*, e dal libro IX del Codice, non che da parecchie *Novelle* che egli poscia diè fuori modificando le stesse determinazioni delle sue Compilazioni fatte sugli antichi monumenti. E in tutti questi mutamenti come nota determinatrice del Diritto Penale romano nella storia della penalità si porge quella del principio sociale come fondamento degli instituti avvegnachè nei primi tempi di Roma si appresenti un avanzo del periodo anteriore, e negli ultimi tempi di essa, cioè nell' Impero romano, daccanto all'abuso del principio sociale veggasi pure alcun che di preparazione ai posteriori progressi delle instituzioni sul delitto e sulla sua punizione.

II. *DIRITTO PENALE DEL MEDIO EVO.*

§ 40. *Avvertenze generali sul Medio Evo.*

Il secondo momento dell' antitesi è l' individuo posto siccome centro dinamico della giustizia punitrice senza curarsi l' elemento della società. Or qual' è il terreno storico di questo principio? Un' età nella quale cancellandosi l' elemento di una coesistenza sociale in cui pigli radice la legittimità dell' individuo questo rimanga come l'unica e primordiale legittimità nella coesistenza umana. E questa età è per appunto quella del Medio Evo la quale abbraccia i secoli di ferro dell' Umanità cioè tutto il tempo che intercede fra il secolo V dell' era cristiana in cui l' Impero romano cadde ed il secolo XII in cui cominciò a risorgere la civiltà con le Crociate, co' Municipii, col ravvivarsi degli studi teologici naturali e giuridici. Questo tempo dicesi quello della barbarie la quale non è lo stato selvaggio insocievole non lo stato di civiltà sociale ma uno stato intermedio in cui quello che manca è l' ordine sociale. Questo disordine si avverò in Europa per le migrazioni dei popoli teutonici e slavi non che degli Arabi. Le quali (astrazion fatta dal bene alla cui attuazione dovean servire cioè alla fusione dei popoli

barbari e dei civili in una sola grande famiglia) si appalesarono come invasione, distruzione, e conquista. Onde l' individuo divenne tutto, e gl'invasori erano orde di uomini associati per combattere senza la coscienza di un presistente vincolo sociale e col solo legame di reciproca fedeltà. D' altro canto questo individualismo vennesi rafforzando nel suolo occidentale perocchè gli elementi diversi che concorreano a formare la coesistenza sociale in quel tempo erano vari cioè i popoli romaneschi degenerati dall' antica civiltà, i popoli novelli in cui la ruvidezza e l' ignoranza porgeansi accompagnate da una schiettezza primitiva, e la Chiesa che preparava la società moderna congiugnendo in una grande famiglia i primi ed i secondi. Dal che prese origine quel cozzo di principii eterogenei che esteriormente si limitavano a vicenda e per cui la società umana mancando di un principio unico che la guidasse ed avvivasse non potea dirigere nè infrenare per l' impotenza nascente dalla sua interna confusione l'attività dell' individuo. L'Umanità mancava di unità interna direttrice; l'unità si porse come tendenza come desiderato anzi come l'ideale dei mezzi tempi senza mai trovare la sua realità compiuta; ed in mezzo a quel caos sociale l'individualità dovea da sè medesima procacciarsi un valore ed un legittimo riconoscimento. In questo tempo per appunto la penalità venne informata dal solo principio individuale e per eccezione si appresentano dei punti di rannodamento al passato ed all' avvenire.

§ 41. *Diritto penale delle orde barbariche prima della conquista.*

Le orde barbariche che nella grande migrazione dei popoli dal quarto all' ottavo secolo dell' Era Cristiana invasero l' Europa possono ridursi a tre grandi categorie che sono i Germani, gli Slavi e gli Arabi. Tutte e tre queste razze costituenti l' elemento novello della storia aveano prima della migrazione rappresentato il principio religioso ne' loro instituti, ed anco negli instituti penali per conseguenza, appalesandosi la vita loro nella forma patriarcale che era rimasta immobile per la niuna

comunicazione co' popoli classici dell'antichità cioè con la stirpe italogreca. E primamente a rispetto dei Germani Tacito ci narra che appo essi la penalità è un istituto religioso quando dice: *neque animadvertere neque vincire, ne verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in poenam nec ducis jussu, sed veluti Deo imperante quem adesse bellantibus credunt* (De Mor. Germ. 7). Al che aggiungendo una descrizione succinta dei delitti e delle pene dice: *Distinctio poenarum ex delicto. Proditores et transfugas arboribus suspendunt, ignavos et imbelles et corpore infames coeno ac palude, injectâ insuper crate, mergunt. Diversitas supplicii illuc respicit tamquam scelera ostendi oporteat dum puniuntur, flagitia abscondi. Sed et levioribus delictis pro modo poena: equorum pecorumque numero convicti mulctantur; pars mulctae regi et civitati, pars ipsi qui vindicatur vel propinquis ejus exsolvitur* (Op. cit. 12). Gli Slavi aveano la credenza in una Deità cui davan nome *Prowé* (Dio della giustizia e della pace), d' innanzi al cui altare il re ed il gran sacerdote amministravano la giustizia; e a Kiur ed a Novgorod immensi tempii erano sacri a *Peroun* che era il dio tonante, il dio vendicatore del delitto. E gli Arabi ebbero ancora prima di Maometto l' instituzione religiosa dello *Heurm* (germe dell' *Harem*) come luogo di protezione ai deboli e di freno alla forza brutale; e Maometto diede novello vigore ed ampiezza e regola maggiore a questo instituto. Ora tutte e tre queste branche di popoli ebbero la destinazione storica della guerra e della distruzione; e tutte e tre si presentano nel teatro dell' Umanità con lo spirito della invasione. Epperò quando i Germani cominciarono a muovere verso altre regioni diverse dalle sedi primitive lo spirito della guerra si insignorì degli animi e generò il predominio dell' individualismo cosicchè la antica costituzione teocratica non potè più rattenere l' impeto di una razza conquistatrice e vittoriosa. Parimente fra gli Slavi si elevò come comune concetto la deificazione della conquista della strage della preda ; e l' ardenza del culto maomettano porse agli Arabi l' impulso alla propagazione del Corano a via del ferro e del fuoco. In questo attuarsi della destinazione

delle razze, in questo loro transito all'azione distruggitrice per mezzo della guerra vuolsi radicare l' apparizione della vendetta o guerra privata. Così divenne costume il sentirsi l'individuo rivestito del mandato divino a punire le offese recate a lui o ai suoi congiunti col sangue dell' offensore. E questo costume si manifesta così presso i Germani come presso gli Slavi e gli Arabi o Musulmani. Ma noi ci restringeremo a studiarne la manifestazione germanica come quella che si venne rannodando con gli elementi della civiltà romana in un sol tutto, dove che gli Slavi e gli Arabi meno risentirono l' influenza del principio romano, in guisa da conservare per lungo tempo le antiche instituzioni. Solo vuolsi ricordare che la *Prawda*, o codice di Jeroslao (1016) in Russia consacrò come instituto che se un uomo uccide un altro uomo il fratello avrà il diritto di vendicare il fratello, il figlio quello di vendicare il padre, il padre quello di vendicare il figlio ed il nipote, e che presso gli Arabi fu pure riconosciuta la vendetta del sangue finchè non apparve il riscatto pecuniario della vendetta col nome di *Dié*.

§ 42. *Diritto penale germanico dopo la conquista.*

I Germani nel venire ad occupare quelle regioni ove prima avea dominata la civiltà romana vi trovarono la fede cristiana e lasciando il culto di Odino seguirono il novello dogma ma sempre accogliendolo nella ruvida buccia della loro ignoranza. Essi cominciarono dallo imitare la civiltà romanesca col ridurre a Diritto scritto le loro consuetudini, e formarono le varie leggi che si dissero *Leges Barbarorum*. Così l' *Editto di Teodorico* e la *Lex Romana Visigothorum* ebbero nascimento e la *Lex Salica* e la *Lex ripuaria* e la *Lex Alamannorum* e la *Lex Longobardorum* e la *Lex Thuringia* e simili altre leggi. E quando Carlo Magno ebbe restaurato l' Imperio d'Occidente apparvero i *Capitolari*. Ma il contenuto di queste leggi ad eccezione delle Leggi dei Goti (che son quasi trascrizione delle leggi romane) è ben diverso dal contenuto del Diritto Giustinianeo. E segnatamente per rispetto alle instituzioni penali, la comune base è la *vendetta individuale*. Questa si appalesa nelle *leges*

Barbarorum in tre forme. 1) L' alto tradimento che abbracciava il delitto della viltà (*hereslitz*), quello della uccisione del *dux*, ed altri pubblici delitti era punito di morte— 2) La *bannitio regis* consecrava la pace mercè la *pacificatio faidae* cioè la composizione pecuniaria della vendetta privata nella duplice instituzione del *guidrigildum* e del *fredus*. E nella determinazione del guidrigildo sorse la *aestimatio capitis* che prima era serbata allo stesso offeso e poscia fu regolata dalla legge—3) La riparazione dei danni doveva farsi mercè la prestazione dell' *id quod interest*. Per rispetto ai giudizi i Germani nei primi tempi della conquista conservarono il giudizio degli arimani o uomini liberi o rachimburgi o probi nel Mallo; ma a poco a poco la stessa ardenza religiosa generò la riproduzione di quel convincimento che Dio solo può svelare la verità delle cose occulte. Ed ecco Dio come giudice ne' così detti giudizi di Dio (*Ordalie*) e la coscienza umana come spettatrice di questo intervento inferiva dalle sue apparizioni la prova della reità o della innocenza. Onde le *prove dell' acqua fredda* dell' *acqua bollente* del *fuoco*, della *croce* etc. E perchè si era scolpito nelle razze germaniche il marchio della guerra, tutte queste prove divine cedettero il luogo ad un'ultima forma del giudizio di Dio che caratterizza questa età media cioè al *duello giudiziario* in cui reputavasi che la Divinità intervenisse a manifestare il suo giudicio mercè la sorte delle armi. Sicchè l'individuo vide nella propria attività la sua sicurezza suprema e quantunque le leggi germaniche avessero cercato di frenare la guerra privata *inimicitias componendo*, questa faida si perpetuò come giudizio di Dio col diritto di sfida, come espressione suprema del principio individuale a cui tutta riduceasi la coesistenza degli uomini, fino all' apparire delle moderne instituzioni.

§ 43. *Eccezioni al principio individuale.*

Non è da revocare in dubbio che Carlo Magno cercò di ravvicinare ai principii romani gl' instituti germanici; imperocchè venne instituendo i *comites palatii* e i *missi dominici* come rappresentanti dell' autorità centrale nella punizione dei *latrones*

degli *homicidae (ultionis, latrocinii, avaritiae causa)*, dei colpevoli di ratto e di violenza contro i deboli, degli incendiatori dei sacrileghi, degli spergiuri, dei rei di falsità o di *hereslitz* o *cospirazione*. Al che cercò pure di affaticarsi Alfredo il grande in Inghilterra. Ma l'opera non ebbe durata, anzi cedette il luogo all' azione del principio individuale quando dopo la morte di Carlo Magno il feudalismo addivenne l' instituto fondamentale dei popoli europei e sorsero le *giustizie patrimoniali* o *signorili* sovra i *vassalli* come *addicti glebae* in quanto che il signore feudale in premio della fedeltà verso il duce ebbe il *bando del sangue* sui vinti.

Nè d' altro canto vuolsi negare che la Chiesa Cristiana cercò di limitare per quanto era possibile le usanze barbariche. Il Diritto d' asilo era un argine alla vendetta privata; i tribunali ecclesiastici regolandosi con le norme del Diritto Romano intorno ai giudizi conservarono la tradizione di giudizi solenni intesi a cercar il vero e a giudicare sul fondamento di esso, e furon puniti in nome della legge divina quei fatti che la legge umana non puniva per le sue imperfezioni. E soprattutto poi il Cristianesimo nella sua dottrina della espiazione del volere perverso mercè la penitenza che diviene strumento alla riconciliazione dell' uomo con Dio ed alla estirpazione della malvagità apparecchiava i germi di posteriori immegliamenti, e porgeva come un preludio dell' avvenire delle instituzioni penali. Pure la Chiesa non potè al tutto distruggere gli elementi imperfetti che la circondavano; chè anzi talvolta dovè risentirne l'efficacia, perchè il Medio Evo quantunque si porgesse sottoposto al dogma cristiano pure non era compenetrato dall' afflato divino del Cristianesimo, dal suo spirito vivificatore, che nelle età posteriori dovea stendere la sua benefica efficacia. Onde accolse pure il giudizio di Dio instituendo la *purgatio canonica* in mercè della quale l' ecclesiastico accusato potea discolparsi dall'accusa mercè il giuramento sulla propria innocenza. E, quel che è più, gli alti dignitarii della Chiesa, in virtù delle convinzioni generali, furon sottoposti al combattimento singolare, e lo esercitavano o di persona o per mezzo di *advocati*.

Laonde la vendetta privata forma la base della giustizia penale nel Medio Evo e su questa si innalzano gli instituti del guidrigildo e del duello giudiciario con le giurisdizioni feudali; nelle quali tutte cose un comune elemento si appalesa cioè che la punizione del delitto è affidata all' individuo ed altro scopo non ha che l' individuo.

III. *DIRITTO PENALE MODERNO.*

§ 44. *Avvertenze generali.*

La terza età del periodo dell' antitesi dee porgerci una lotta del principio sociale e dell' individuale nella coscienza dell' Umanità come transito a sintesi armoniosa dei contrarii. Ma perchè questa lotta si avveri egli è duopo che si appalesi come tale. E storicamente, dopo le parziali affermazioni nel *mondo romano* e nel *mondo barbarico*, egli era duopo: 1) che i due principii si ponessero l' uno di rincontro all' altro nel terreno della vita sociale, 2) che si appalesasse il cozzo di entrambi *a)* prima con la efficacia dell' uno a schiacciare l'altro, *b)* poscia con la repulsione dell' elemento schiacciato che tendendo a riconquistare il suo pristino valore si emancipa; 3) che dei due principii quello si affacciasse primo a cui è affidata l' attuazione della giustizia penale cioè il principio sociale, affinchè il Diritto non mancasse di un organo che lo rappresenti nel cammino della Storia. Epperò la storia di questa età debbe suddividersi in tre altre età: la prima delle quali porga daccanto al principio individuale del Medio Evo il principio sociale del Diritto romano; la seconda porga il predominio del principio sociale che si pone non solo come organo ma come principio e fine della giustizia punitrice, e l' ultima porga il risorgimento dell' individualità che conquista il suo diritto come sacro d' innanti alla società umana, e come uno degli elementi necessari all' apparizione della giustizia penale.

Or queste tre età rinvengono nelle condizioni storiche della società moderna un teatro accomodato alla loro apparizione. E innanzi tutto dal secolo XII al secolo XVI il Medio Evo si

va disciogliendo col cozzo dell' Impero e del Papato, succede un tempo di luce a quello delle tenebre e si appresenta il crepuscolo mattutino che apparecchia il chiaro giorno dei tempi moderni. Dal secolo XVI in poi il principio sociale si viene sempre più rafforzando in Europa col fenomeno della caduta dei ceti e degli elementi estrinsecamente coesistenti per darsi luogo a'due elementi della vita moderna: i principati e le nazioni. E finalmente nel secolo XVIII sorge gigantesca l'individualità umana dopo un lento lavorio di due secoli a reclamare i suoi diritti ad atterrare le instituzioni del passato, a edificare novelle instituzioni dettate dai suoi bisogni e dalla coscienza del suo valore. Laonde questa età moderna del Diritto Penale, questa età di crisi che apparecchia la sintesi dei principii opposti vuolsi suddividere in tre età che sono il Diritto Penale dal secolo XII al XVI, quello dei secoli XVI e XVII sino alla prima metà del secolo XVIII, e quello infine che comincia dalla seconda metà del secolo XVIII e stendesi fino al secolo XIX.

§ 45. A. *Diritto Penale dal secolo XII al XVI.*

Il risorgimento dalla barbarie si appalesò non pure con la lotta dei due sommi principii della società europea ma altresì col movimento religioso delle Crociate, con l'indipendenza dei Comuni, col risorgimento degli studi, col cominciamento delle varie lingue e letterature fra i popoli moderni. Quanto al Diritto il principio sociale era stato fino al secolo XII negato dall' individualismo che si appalesava come guerra riconosciuta e santificata da credenze religiose nel duello giudiciale. Esso si riaffacciò come negazione della guerra e prima prese la parola di *tregua*, poscia quella di *pace*. La Chiesa Cristiana iniziò questo movimento restauratore della società umana con la *Treuga Dei* del 1043. L' Impero lo spinse più oltre e gli diè convalidamento. Errico Imperatore nel 1045 confermò la pace di Dio. A questa seguitarono le *paces profanae*. Federico Barbarossa ripristinando il principio imperiale romano non pure lo contrappose al Papato ma se ne fece scudo contro la feuda-

lità. E nel 1158 e nel 1159 diè fuori due Costituzioni memorande *De pace territoriali* in cui punì parecchi delitti considerandoli come violazioni della pace generale, apponendo pene di *collo* di *mano* di *danaro* a tutte le offese sulla vita o sul corpo. Anco altri Principi seguirono questo esempio come avvenne in Francia ed in Ispagna e nelle nostre contrade dell' Italia meridionale. E i Municipii che sorsero a vita segnatamente in Italia seguirono più o meno questa stessa movenza rannodandosi tutti alla tradizione romana. E soprattutto essendo avvenuto in Italia il ravvivamento del Diritto romano per opera degli Imperatori e dei Glossatori della scuola di Bologna il principio di socialità si venne appalesando daccanto al principio individuale senza negarlo ad un tratto ma limitando sempre più le sue manifestazioni. Le nazioni moderne d'altro canto, trovarono nel Diritto Romano un esemplare di legislazione uniforme, un sistema legislativo quale doveva sorgere presso un popolo che rappresentò nel mondo l' idea stessa del Diritto e trasfuse nelle sue leggi tutto il sapere pratico della Grecia. Così il Diritto Romano che mai non si era spento all'intutto presso i popoli vinti divenne pietra angolare dell' edifizio del Diritto europeo e fu detto *la legge comune delle nazioni*. E da esso furono attinti i due instituti che annientarono la feudalità e il duello giudiciale, cioè la giurisdizione dei *Magistrati permanenti delegati dal Principe* in cambio di quelli dei signori feudali; e l' *appello dalle magistrature feudali alle regie*. E qui non vuolsi trasandare che Federico II. può dirsi l' iniziatore della riedificazione dello Stato dal seno della barbarie per opera di Pietro delle Vigne col volume delle Costituzioni del Regno di Sicilia del 1231 nelle quali non solo ravvivò il principio romano dell' autorità del Principe come rappresentante dell' *unità dello Stato* su tutte le classi egualmente, ma abolì la violenza della *faida* con ogni fermezza e soprattutto il duello giudiziario come instituto immorale ed assurdo. E ciò fece l' Italia meridionale esemplare di organamento fra le società contemporanee. Ma Federico II non potè conseguire in Germania quello che in Italia aveva ottenuto per l' elemento indigeno del

Diritto Romano; onde a malgrado del Diritto di Magonza il principio dell' individualità tenacemente vi preponderò come lo dimostrano il *tribunale segreto di Vestfalia* o *libero scabinismo* (giudizio vehmico), le *leghe delle città* ed il continuo rinnovarsi delle leggi sulla pace territoriale per opera di Rodolfo d' Absburgo e di Massimiliano finchè quest' ultimo non ebbe abolito il *faustrecht* o *diritto del più forte* che si manifestava nelle disfide, mercè l' abolizione di questo costume e l' instituzione della *Camera Imperiale*. Così parimente in Francia Luigi IX, Filippo il Bello e Carlo VI invano lottarono contro il duello giudiziale, finchè Luigi XI non ebbe al tutto atterrata la feudalità per rialzare la vigoria del principato. Ma in Inghilterra malgrado le instituzioni feudali, con l' *Habeas corpus* della *Magna Charta* del 1215 si venne preparando un asilo al principio dell' individualità; e il feudalismo stesso porse i germi della instituzione dei giurati nel *giudicio degli eguali*.

Intanto nelle contrade romanesche e nelle germaniche si elevò con pari autorità un terzo elemento e questo fu il Diritto Ecclesiastico e Canonico che formolando un sistema di leggi apportò nel Diritto Criminale le sue proprie instituzioni. Malgrado il vizio della giurisdizione eccezionale o *beneficio di chiericato* il Diritto Canonico porge una seguenza di principii normali che a poco a poco s'introdussero nelle istituzioni laicali e le indirizzarono a svolgimenti ulteriori. Innanzi tutto la Chiesa introdusse nei suoi giudizi un sistema diverso dal romano e dal germanico perchè volendo conseguire la pruova del vero e volendo sottrarre giudici e testimoni alle violenze del *faustrecht* e della *sfida* instituì l' *Inquisizione* come mezzo esclusivo di raccogliere le pruove del delitto i cui primi germi si appalesarono nell' età del Diritto Romano imperiale. La quale (facendosi astrazione dal suo valore religioso e dai suoi eccessi) sopperì momentaneamente all' anarchia morale prodotta dalla guerra privata e fu consecrazione di un solenne principio, che cioè lo Stato dee da sè vegliare all' osservanza del Diritto e ricercarne le trasgressioni quando si celano ad una co' loro autori. Ed oltre a ciò bisogna aggiugnere che mentre il Diritto

barbaro avvisava il maleficio più nel lato esteriore dell'evento, la Chiesa come perfezionatrice della vita spirituale dell'uomo mise in rilievo sempre più l'importanza dell'elemento intenzionale; e mentre il Diritto barbaro indirizzava la pena a vendetta con le sue forme atroci la Chiesa cominciò ad avvisare la pena come mezzo di risvegliare il pentimento nella coscienza del colpevole, e con ciò di migliorarlo e ricongiungerlo a Dio. Il che non è da confondere con quegli instituti momentanei del Diritto Ecclesiastico in virtù dei quali ricorreva al braccio secolare e lasciava che avesse luogo contro coloro che essa perseguitava tutta l'atrocità dei supplizii.

§ 46. B. *Diritto Penale dal secolo XVI sino alla metà del secolo XVIII.*

La società moderna si annunziò con due note caratteristiche nei secoli XVI e XVII. L'una è il sorgere del principato a vita vigorosa sulle ruine del medio evo, rappresentando le monarchie nella loro unità materiale l'unità morale delle singole nazioni. L'altro è lo svolgimento che vennesi a mano a mano procacciando l'individualità nelle varie branche della vita morale ed economica quantunque la si fosse disconosciuta per conto del Diritto e della vita politica. Così dall'un canto Carlo V in Germania e nella Spagna e le due stirpi da lui diramate della casa d'Austria e dei Filippi, la legge regia del 1660 in Danimarca, Carlo X, Carlo XI e Carlo XII in Isvezia, Pietro il grande in Russia e i Sultani nell'Impero ottomano, e Francesco I e Luigi XIV in Francia porgono il principio di autorità come proponderante in Europa a segno da comprimere tutti gli elementi del Medio Evo ed anco la vita politica dell'individualità umana, salvo per l'Inghilterra che rimase ligia all'individualismo ed agli istituti feudali non ostante gli sforzi per comprimerli. E d'altro canto il movimento filosofico e il sorgere delle forze industriali son fenomeni che caratterizzano l'età moderna perchè preparano il trionfo dell'individualità nella vita civile, cioè la dichiarazione che la società ha per iscopo l'assicurazione della persona e della proprietà dell'individuo. In

questo periodo deve apparire il Diritto Penale sotto la forma del principio sociale che schiaccia l'individualità immolandola alla sua conservazione. Ora innanzi a tutto egli è duopo notare che come le nazioni si erano svolte a vita indipendente il Diritto Romano cominciò a ricevere delle limitazioni dalle leggi speciali dei singoli Stati, svolgendosi così l'opera iniziata già qualche secoli innanzi da Federico II nel Diritto Napoletano. La Francia con l'Ordinanza del 1539 sistemò il processo penale sviluppandolo più ampiamente nell'Ordinanza di Luigi XIV del 1670. La Spagna nel 1566 formò la sua *Recopilacion de las Leyes*. La Germania ebbe da Carlo V la *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532. Nelle Fiandre ebbero vigore l'Editto e l'Ordinanza del 1570. In Danimarca e Norvegia fuvvi il *Danskelow* del 1683; ed in Russia Ivano nel 1497 pubblicò il *Sondebrik*. Ma di rincontro alle varie legislazioni speciali eravi un Diritto penale che può dirsi il Diritto comune di tutte le nazioni europee dal secolo XVI fino ai novelli Codici. Dall'un canto il Diritto Romano Giustinianeo sempre più divenne efficace, e dall'altro il Diritto Canonico si era venuto ampliando di maniera che la collezione delle sue leggi, a simiglianza delle romane che formavano il *Corpus juris civilis*, prese nome di *Corpus juris canonici*. Ma un elemento assai più efficace e più generale del Diritto Romano e del Diritto Canonico fu l'elemento della Giurisprudenza pratica come fonte di Diritto. La scuola di Bologna non pure era stata iniziatrice di un movimento scientifico ma ebbe efficacia anco sulla vita pratica del Diritto perocchè i *Glossatores* erano addetti ad applicare le leggi ai casi della vita, e quando sorsero studi più maturi l'esegesi divenne il centro di ogni sapere giuridico. Il nome d'interpetri fu preso dai Giureconsulti i quali si divisero in *Civilisti Canonisti* e *Doctores utriusque juris*. Così un Giulio Claro un Farinacio, un Deciano, un Carpzovio, un Damhouderio, un Mattei, un Caravita, un Ayrault, un Rousseaud de la Combe divennero come autorità legislative; perchè su' brani delle loro interpetrazioni del Diritto Romano o del Diritto Canonico, o delle leggi ed usanze del fòro si elevavano le sentenze di assoluzione

o di condanna; ed anche lo stesso *usus fori* come *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* fu elevato a legge quando parecchi scrittori si diedero a raccogliere delle Decisioni ove i posteriori giudici attinsero le norme del loro giudicare. Sarebbevi stato progresso se la scienza avesse avuto efficacia su la vita; ma altro è la scienza del Diritto ed altro è la casuistica forense che rappresentava la compiuta ignoranza e la servilità dell' intelletto verso l' autorità degli usi e delle opinioni d' altrui.

Da queste fonti sorge una caratteristica comune per il Diritto Penale di quel tempo la quale accennata nei suoi lineamenti supremi ci esime dal contemplare le singole legislazioni.

E primamente il principio dominante sembra essere una vigorosa repulsione contro lo spirito d'individualità che avea prodotto il disordine e l' anarchia sociale del Medio Evo, sicchè tutto si considerava come lecito a nome della *ragion di Stato* quando era diretto contro i nemici della pubblica tranquillità. L'individualità umana cadendo nel delitto o nel sospetto di essere colpevole traeva su di sè tutto l' orrore che il delitto inspirava. E se della legislazione draconiana e della corneliana si disse che erano scritte a note di sangue, non meno feroci sono gl' instituti penali dal secolo XVI al XVIII per comprimere ogni movimento dell' individualità nel campo della vita sociale.

La legge penale era incerta, contraddittoria, non vestita di eguale efficacia su tutti, lasciava impuniti parecchi fatti rimettendoli all' arbitrio del giudice e senza freno di sorta ; onde nacque ogni maniera di disordine. Il malefizio non era guardato dal punto di vista della conculcata giustizia ma da quello degli interessi sociali. Quindi la punizione severa dei delitti di religione , quindi l' atrocità della Legge Giulia *de Majestate* stesa a parecchi atti cui quella in origine non era stata riferita; quindi la punizione di atti interni che offendono la morale penetrandosi così nell'interno del pensiero. L'Inferno dantesco può rendere immagine delle pene di tale età , le quali erano adoperate come strumento di vendetta sociale e di ter-

rore. Una prodigalità di supplizii, di punizioni eccessive e crudeli (come l'esagerazione della morte col fuoco col dilaniamento con la ruota con la strangolazione con la sepoltura del vivo, col culleo e col vivicomburio de' Romani, con lo strappamento delle viscere, col trascinamento, con le tanaglie, con l'olio bollente, col piombo liquefatto, col maltrattamento dei cadaveri dei giustiziati), ed oltre a ciò la mutilazione, il marchio, la frusta non solo violentano il corpo ma la coscienza e la moralità degli uomini. Alle quali atrocità si aggiunse la confisca con l'adagio: *chi confisca il corpo confisca i beni*. D'altro canto la penalità seguiva per anco gli avanzi del sistema di abusi feudali perocchè cadeva inegualmente sulle persone di ceto disuguale, cadea per alcuni casi non solo sul reo ma altresì sugli innocenti figliuoli e discendenti del reo; e quasi sempre era sproporzionata verso il delitto, imperocchè vedeansi puniti di morte dei malefizî contro la proprietà o alcuna delle regalìe. E finalmente vi erano le pene straordinarie lasciate all'arbitrio del giudice e dette anco arbitrarie, quantunque la Giurisprudenza ritenesse che la pena data dal Giudice non potea mai giungere sino alla morte. E come corona a tutto ciò *l'infamia* è annessa a talune pene o apposta come una pena principale.

Ma quello che più rappresenta in questo periodo l'eccesso del principio sociale e l'individualità conculcata è il procedimento penale secondo i pronunciati comuni accolti in Europa; ad eccezione del popolo inglese, che se nella penalità presenta le stesse crudeltà degli altri popoli, si discosta da essi per le guarentigie che ebbe l'individualità umana nella conservazione dell'*habeas corpus* e nello esplicarsi del giudicio dei pari ad instituto dei *giurati* (*jury*) quantunque ci sieno stati tempi eccezionali anco in Inghilterra come furono i tempi della *Camera Stellata*. In tutta Europa predomina il *processo inquisitorio* col segreto della investigazione scritta in cui manca ogni garentìa di difesa, ogni discussione, in cui tutto è viluppato nel mistero, tutto è diretto contro colui che è sospetto di reità quasi che fosse convinto colpevole, tutto è lasciato

all'arbitrio del *Giudice inquisitore* e del suo Cancelliere o *scrivano*. E con questo sistema diviene più generale quell'antico istituto della confessione da estorquere mercè la *quaestio* o *tortura* in caso di indizi contro un imputato con ogni maniera di tormenti nel che divenne fatto consueto quel che dicea Tacito: *fatendum erat ne frustra quaereretur*. Insomma il pensiero dominante di tutte le istituzioni penali di quest'età si può chiudere in quel detto del Tasso

Purchè il reo non si salvi il giusto pera
E l'innocente —

Vero è che la Giurisprudenza volle frenare l'arbitrio dei giudici col sistema delle *prove legali* determinando *a priori* la credibilità piena o semipiena della medesima. Ma egli era già un errore logico il voler sottoporre a comandi la *coscienza dell'uomo* intorno la verità dei fatti; onde quel cumulo di dottrine sulle pruove sugli indizi sul loro valore legava la coscienza del giudice forzandolo bene spesso o a condannare l'innocente o ad assolvere il reo. E sebbene le transazioni tra il fisco ed il giudicabile in caso di incertezza fossero un presidio dalla tortura, pure snaturarono il carattere di indeclinabilità della giustizia penale.

Ora in mezzo a queste manifestazioni bisogna studiare quale sia stata l'influenza del principio individuale e quella del principio sintetico o razionale della penalità. Il principio individuale non lasciò di manifestarsi sino ad un certo grado; perocchè le istituzioni giudiciarie inglesi si porgono come conservazione della individualità nella pienezza dei suoi diritti. Oltre a ciò si conservarono nei lievi delitti le *remissioni* e le *composizioni pecuniarie*, e per ultimo nei gravi malefizi contro la personalità umana lo Stato non lasciò adito al perdono della parte offesa perchè nella lesione della individualità vide la negazione del suo debito di conservare nella sua integrità la vita, la sicurezza, la tranquillità dell'individuo. Vi ha poi alcune eccezioni che si rappiccano al principio della giustizia assoluta. *Lo Stato dee perseguire la violazione del Diritto commessa dall'uomo*, ecco la formola che quel tempo arrecò negli instituti pe-

nali avvegnachè la opinione generalmente dominante fosse quella che ciò incomba allo Stato per tutelare la propria esistenza. E pertanto egli è incontrastabile che alcuni dei principii affermati in quell'età quando sono intesi nel significato più eminente ma limitato entro i necessari confini formano e debbono formare una conquista del Diritto Penale pe' tempi posteriori. Così sorsero tre instituzioni, egualmente soggette agli abusi, ma egualmente necessarie all'attuazione della giustizia punitrice: 1) *L'azione pubblica* ovvero la persecuzione del delitto appartenente *ex officio* al potere dello Stato cioè al *Pubblico Ministero*, a nome di tutti; sicchè non dipende dalla volontà degli individui la punizione del delitto; 2) *I giudici permanenti* come interpetri della legge penale che sono investiti dallo Stato del potere di giudicare, e distinti dall'accusatore benchè allora confondessero in sè l'ufficio del ricercare le pruove e quello del giudicare sulle pruove raccolte; 3) *L'istruzione scritta e segreta delle pruove*, che è preparazione necessaria al giudizio criminale, quantunque in quell'età fosse stata l'unico elemento di convinzione per assolvere o condannare.

§ 47. C. *Diritto Penale dalla seconda metà del secolo XVIII sino al secolo XIX.*

L'ultima forma dell'antitesi è quella del predominio dell'individualità umana. Ma un cosiffatto predominio non può manifestarsi come assoluta negazione del principio sociale cioè con la vendetta del sangue, con le composizioni e co' duelli giudiziali, bensì fa duopo che si riconosca nella penalità l'individualità umana siccome supremo scopo della medesima. Questo predominio dunque non potea distruggere il principio già conquistato dell'*azione dello Stato* perocchè si venne riconoscendo che l'individuo non può vivere in una condizione estrasociale come una pianta non potrebbe germogliare fuori del clima che le è proprio. Onde il predominio della individualità si appalesa nel divenir la pena un ufficio della società non per servire a sè medesima ma per servire alle individualità degli

uomini. Il tempo in cui questa forma storica si avverò fu il cadere del secolo XVIII. Già fin dal secolo XVII l'Inghilterra co'suoi instituti aveva assicurato ampio terreno allo svolgimento dell'individuo. Dopo un secolo questo germe si svolse a vita matura, fecondato da'progressi della individualità nelle varie branche della vita, fecondato dallo spirito della filosofia francese come negazione del passato e soprattutto dalle dottrine sociali che si rannodavano all'individualismo, come quella dell'Hobbes che la società è formata dagli individui per uscire dal reciproco timore del selvaggio stato di natura, e quella del Locke che la vita sociale ha per iscopo la sicurezza delle persone e dei beni degli individui. In mercè di cosiffatti impulsi, e per gli eccessi dei supplizi che continuavano nel secolo XVIII come funesto retaggio del passato l'individualità sorse a chieder conto alla società della ragion delle pene ed è questa appunto una manifestazione del principio d'individualità perchè l'uomo individuo pone a disamina se siavi o no legittimo fondamento all'instituto sociale del punire, ed in sè stesso e nella assicurazione dei suoi diritti ripone questo legittimo fondamento. In questo momento apparve il libro di Cesare Beccaria che risalendo al pronunciato dominante dei suoi tempi che la società è formata dagli individui per convenzione dei medesimi e che i suoi diritti sono ad essa ceduti dagli individui stessi poggiò il Diritto criminale sulla cessione del diritto di punire fatta nella voluta convenzione *sociale*, il che forma la più eminente apparizione del principio individuale, vedendosi nel consorzio civile il mandatario degli individui che attua la penalità dei delinquenti per conservare i diritti stessi dell'individualità umana. Il Beccaria aggredì vigorosamente il triplice fonte del Diritto Penale comune cioè il Diritto Romano, il Diritto Canonico e l'*auctoritas doctorum*, stigmatizzò con la sua eloquente parola la pena capitale le pene infamanti la tortura il processo inquisitorio come unica fonte di convinzione e dedusse da tutto ciò la necessità di una mitezza nelle pene, e di un rispetto all'individualità nell'attuazione della giustizia penale mediante i giudizi. Ed ecco alla voce del Beccaria aggrupparsi

dietro a lui un gran numero di scrittori propugnando tutti l'umanità verso i giudicabili, la dolcezza delle pene, la guarentigia dell'individuo nella giustizia punitrice. Lo scritto del Beccaria fu tradotto e chiosato in parecchie contrade; parecchie accademie formolarono quesiti con promessa di premi su' modi di migliorare le instituzioni penali e tanto ebbe di efficacia la voce dei propugnatori della riforma penale che opinione generale addivenne quella della mitezza come nota essenziale della pena. E questo impulso della coscienza sociale trasse seco parecchi principi a mettere un freno agli orrori del passato. Così le Istruzioni di Caterina II Imperatrice delle Russie, i miglioramenti di Federico di Prussia la riforma della penalità iniziata in Austria da Giuseppe II, la Prammatica del 1774 nelle Due Sicilie per la motivazione dei giudicati, l'Ordinanza di Luigi XVI del 1780 per l'abolizione della tortura e soprattutto l'esemplare Riforma Leopoldina del 1786 per la Toscana segnano il movimento di una innovazione il cui comune principio si è questo che l'individuo è scopo dell'ordine sociale epperò bisogna rispettarlo in tutte le forme sicchè la pena non cancelli in colui che vi soggiace il marchio di un essere morale.

Ma questo movimento porgeasi come negativo cioè come repulsione contro il passato. Ed ecco la necessità che il principio individuale divenisse fondamento di edificazione agli instituti penali. Ora l'individualità apparisce sotto duplice aspetto, cioè come scopo cui la penalità s'indirizza, e come subbietto su cui essa deve operare. Onde dallo stesso principio vennero fuori due diverse tendenze: *a*) la sicurezza delle persone e delle proprietà garentita dalla punizione del delinquente col limite della garentia dell'individuo nel giudizio criminale perchè colui che è imputato ha pur diritto prima di esser convinto reo alla sicurezza della sua persona e dei suoi beni — *b*) l'esclusivo principio della individualità del delinquente come scopo della giustizia punitrice cioè il *miglioramento* che trova un limite nelle garentie necessarie alla sicurezza di tutti.

§ 48. *Continuazione.* 1) *Codici edificati sul principio della sicurezza.*

Il movimento dell'ottantanove aveva scosso l'antico edifizio. Esso venne costruendo il Diritto Penale, e il primo suo tentamento fu quello delle Leggi del 1791 in Francia ove si cercò ravvivare il diritto individuale nella riforma del procedimento criminale ritenendosi dall' un canto i principii già consecrati dal passato e necessarii alla giustizia penale cioè l' *azione pubblica rappresentata dallo Stato*, il *giudice permanente*, l' *investigazione segreta e scritta delle pruove* e congiugnendovi dall' altro i principii della *pubblica discussione* del *libero giudicio di fatto* della *legalità come condizione del procedimento* per garentire l' individuo su cui cade il giudizio. Quanto alla penalità si conservò in quelle leggi il principio di intimidazione e di terrore ma ristretto in taluni confini come era quello di rendere la pena capitale semplice e svestita degli apparati di tormento e di togliere alcune pene feroci ed immorali del secolo decimottavo. — Nel 1808 ebbe luogo poi in Francia il *Codice di Procedura Penale* sotto il nome di *Code d'Instruction Criminelle*. Esso conservò i principii informatori delle leggi del 1791, ma venne ordinando una polizia giudiziaria come coadjuvatrice della giustizia penale, diminuì la garentia della libertà individuale, al giurì dell'accusa sostituì le *camere d'accusa*, al giurì del giudizio aggiunse i tribunali di eccezione che sotto il nome di *Corti speciali* vi erano organati per un gran numero di casi. Nel 1810 fu poi pubblicato il *Codice dei Delitti e delle pene*, il quale risentì tutta l'efficacia delle dottrine sensistiche ed utilitarie del tempo e segnatamente di quelle del Bentham. Il pensiero dominante del Codice fu la prevenzione dei delitti mercè l'orrore del castigo, misurando la gravità dei delitti non sulla perversità che annunziano ma su' pericoli che traggono seco, e statuendosi per altro delle proporzioni fra le pene e i delitti. Così fu guardato il maleficio tentato con la stessa

severità del consumato, il complice fu punito come l'autore principale, il marchio la mutilazione la confisca la morte civile la gogna furono riallogate nel numero delle pene, e la pena di morte fu estesa a parecchi delitti. Solo si porge come degno di nota l'aver fissato le pene con una certa latitudine lasciata al giudice tra un *massimo* ed un *minimo* per poter accomodare l'intensità della pena alla intensità del malefizio.

Per l'efficacia che esercitò la Francia su parecchie contrade d'Europa sino al 1815 sorsero parecchi Codici esemplati su quelli del 1808 e del 1810 con alcune lievi modificazioni. Nell'alta Italia furono tradotti i Codici imperiali, e tra noi, quantunque nel 1808 vi fosse stata una legge riformatrice della penalità e del procedimento penale, pure nel 1812 il Codice francese dei delitti e delle pene venne tradotto ed accolto. Ma nel 1819 fu pubblicato un Codice generale per le materie civili commerciali e penali e di questo formaron parte le *leggi Penali* e le *leggi di Procedimento Penale* che sottoposero ad importanti modificazioni i Codici francesi per ciò che s'attiene al conato, alla complicità, alle scuse ed al sistema giudiciale. In Olanda in Isvizzera nelle contrade Renane e nel Ducato di Varsavia del pari i Codici imperiali furono introdotti. Nella Germania al 1803 fu promulgato un *Codice penale generale dello Impero d'Austria* che non molto risentì l'efficacia dei nuovi principii. La Prussia si divise per le varie province in quanto alla penalità tra il *Landrecht* del 1794 i Codici francesi del 1808 e del 1810 e il *comune Diritto Penale germanico*. Gli altri Stati della Germania cominciarono pure la edificazione di Codici speciali. E soprattutto la Baviera porge il più alto monumento del principio d'intimidazione o coazione psicologica mercè la rigidezza delle pene, col *Codice Penale* compilato dal celebrato pubblicista *Anselmo Feuerbach* nel 1813. L'Inghilterra continuò il suo sistema tradizionale di severità delle pene. La Danimarca rimase al *Danskelow* malgrado che si riconoscesse la necessità di una riforma delle instituzioni penali, la Svezia rimase al Codice generale del 1734. La Russia si adoperò a *Progetti di riforma* mentre l'antico

Diritto vigeva finchè nel 1845 l'Imperatore Niccolò pubblicò un Codice penale che sebbene si rannodasse al sistema civile russo pure accolse i principii della proporzionalità delle pene ai delitti e del freno agli arbitrii che pone l'accusato sotto la sola efficacia delle leggi. Per rispetto alla Spagna nel 1805 fu pubblicata la *Novissima Recopilacion de las leyes de Espana* che rimase come il Codice generale della monarchia spagnuola. La Turchia rimase all' antico suo Diritto finchè nel 1840 fu pubblicato il Codice penale diretto a fissare le varie pene per i vari reati e fondato sul duplice principio della eguaglianza di tutti innanzi la legge e della circoscrizione dell' arbitrio dei giudici. E la Grecia nel 1834 ebbe un codice penale imitato in parte dai Codici francesi ed in parte dal Codice bavaro. In tutti questi nuovi lavori legislativi dove più e dove meno il principio individualistico si appalesa, ma nella forma dell' esempio e dell' intimidazione come scopo prossimo della pena per lo scopo remoto di proteggere la sicurezza individuale e la sociale.

§ 49. *Continuazione. 2) Riforma penitenziale.*

Mentre l' individualismo nei Codici penali europei tendeva ad assicurare l'individualità nei giudizi penali ed a conciliare la sicurezza dell' innocente con l' esemplare intimidazione che nasce dalla punizione del reo e che tutela la vita e la proprietà degli altri individui, un altro movimento iniziavasi in Europa per trovare la sua piena manifestazione in America e questo era la riforma delle prigioni col sistema penitenziale. Già nel Diritto Ecclesiastico erasi trasfuso il principio cristiano della penitenza che rimarita l'anima a Dio e la pena ecclesiastica avea per principale scopo risvegliare il pentimento nella coscienza del colpevole. Ed oltre a ciò era stata continua tradizione della Chiesa Cristiana il vegliare sulla sorte dei detenuti. Laonde non è maraviglia che fin dal 1703 Clemente XI aveva instituito l' Ospizio di S. Michele pei giovani detenuti con l'epigrafe: *Parum est improbos coercere poena nisi*

probos efficias disciplina; al che tennero dietro due tentamenti, l' uno dell'architetto Francesco Croce a Milano che edificò un Ergastolo per l'emendamento dei prigionieri e l'altro del Conte Vilain XIV che a Gand nel 1772 riuscì a far costruire una prigione atta a migliorare i colpevoli. Ma il grido più efficace venne da una società religiosa ligia al principio cristiano cioè dalla *società degli amici* o *quakers*. In questo novero era Giovanni Howard filantropo inglese che nel 1777 pubblicò dopo lunghi studi e molte esperienze un ragguaglio dello stato lagrimevole delle prigioni. E perchè la società degli amici era venuta sempre più in fiore a Filadelfia, quivi fu cominciato il primo tentamento della riforma penitenziale. Il primo mutamento introdotto fu quello della *classificazione dei prigionieri* secondo la natura e la specie dei reati; ma la esperienza provò l' errore di questo sperimento e l' impossibilità di operare una classificazione positiva dei rei. Si passò ad una opposta direzione, cioè alla *separazione assoluta* mercè il *sistema cellulare* che fu detto *filadelfiano*; ma i prigionieri caddero in tale stato di demenza che i loro custodi temettero per la loro vita; e nel corso di un anno, di ottanta perirono cinque prigionieri, un altro rimase insensato, e gli altri tutti diedero segni di alienazione mentale. Onde si venne ad instituire in Auburn un novello sistema che dovea attenuare i vizi dell' isolamento assoluto e quelli della classificazione, e questo era fondato sul principio dell' isolamento notturno, col lavoro comune diurno accompagnato dal silenzio *(sistema auburniano)*. Finalmente si riconobbe la necessità di comporre i due sistemi in un terzo dove l' isolamento dei prigionieri tra loro fu ritenuto come elemento dominante, e questo sistema misto fu rappresentato da Eduardo Livingston nella Luigiana. A Cherry-Hill, nel 1829, fu fondata una prigione come esemplare del sistema pensilvaniano e filadelfiano; e questo poggiavasi su quattro principii : 1) compiuta separazione dei prigionieri nel giorno e nella notte; 2) abolizione di ogni pena corporale; 3) istruzione religiosa e lavoro forzoso; 4) allontanamento da ogni colloquio con persone diverse dagli in-

spettori ecclesiastici medici e direttori. Anco in Europa non mancarono dei tentamenti di riforma penitenziale, come a Ginevra, a Glocester, a Glascow ed anco in altre città; ma il precipuo terreno di svolgimento di questo sistema fu l'America del Nord, e dall'America si tolsero a prestanza le instituzioni per il miglioramento della condizione dei detenuti.

Egli è certo che il Diritto Penale non debbe avere ad unico scopo il miglioramento dell'individuo; ma la riforma *penitenziale* delle prigioni ha stampato un'orma indelebile nella coscienza dell'Umanità ed ha fermato come inconcussi tre pronunciati cioè la separazione dei prigionieri per evitare il contagio dell'immoralità, il lavoro come via di miglioramento, e l'istruzione morale e religiosa che tende a riformare radicalmente gli animi dei delinquenti.

PERIODO TERZO

DIRITTO PENALE ODIERNO

§ 50. *Cenno sull'età presente del Diritto Penale.*

La nota propria del terzo dei periodi storici che formano il movimento del Diritto Penale nella vita dell'umana famiglia è il rappresentare l'armonia dei contrari, la coordinazione del principio sociale e del principio individuale per il sottordinarsi d'entrambi ad un elemento superiore, cioè alla Idea di un'assoluta giustizia retributrice. Questa età debbe porgersi con una preparazione che emancipi la coscienza sociale dalle esclusività del passato. L'avviamento a questo periodo armonico viene dalla necessità che sentono i due principii contrarii della società e dell'individuo di conciliarsi in una sintesi riconoscendosi a vicenda come dotati di una eguale importanza. Ora già il periodo dell'individualità predominante avea consecrato il principio che l'individuo non è l'organo della penalità sicchè questa debbe essere rappresentata dalla società in quanto è attuatrice del Diritto cioè dallo Stato; e da altro canto l'Europa dove più e dove meno avea svolto la dot-

trina del processo criminale che rispetta l'individualità sì del giudicabile e sì di colui che è dichiarato reo, perchè a ciascuno si tribuisca il suo diritto, dove che l' America svolse quello del miglioramento del delinquente per tramutarlo di ostacolo in istrumento all' attuazione del giusto. Preparato in tal guisa il terreno al reciproco riconoscimento, nelle scienze sociali (atteso il risorgimento dello spiritualismo nel mondo del pensiero per opera del Kant) erasi avverato un mutamento, e un novello principio cominciò a dominar gli intelletti, cioè che le dottrine morali e civili non possono fondarsi sovra gl'interessi delle *ragion di Stato* o della *utilità individuale* ma sulla *legge eterna della giustizia scolpita nelle menti umane;* e questo principio stese a poco a poco la sua azione benefica sugli studi del Diritto; e sorsero le dottrine del Guizot, del De Broglie, del Rossi e del Droz che persino alla scienza economica diedero l'impulso del principio morale. Questo movimento scientifico e pratico ebbe un' eco nel terreno della penalità. In Francia si sentì nel 1832 il bisogno di una riforma della penalità benchè si rimanesse ad un lavoro incompiuto ponendo solo il principio delle *circostanze attenuanti.* In Inghilterra si attende alla ricostruzione del Diritto Penale sulle basi del sistema penitenziale. Nell' Italia e nella Germania vari Stati tendono a Codici novelli edificati sovra il principio della giustizia; che anzi questo principio comincia a divenire la bandiera comune dei legislatori sovrattutto nelle materie penali. La età nostra rappresenta il cominciamento di un novello periodo nella storia delle instituzioni penali. Essa è chiamata a sintetizzare i momenti anteriori; perocchè dal Diritto Orientale essa raccoglie il pronunciato che l' uomo esercita un sacro ministerio nel punire il delitto, dal Diritto Romano il pronunciato che lo Stato dee rappresentare la giustizia penale, dal Diritto del Medio Evo il pronunciato che l' individuo ha un qualche valore nella penalità, dal Diritto Penale moderno i tre principii del processo inquisitorio *ex officio*, della discussione pubblica e solenne che fa capo nel giudicio di fatto appartenente alla coscienza della società umana, e dell' applicazione del si-

stema penitenziale alle prigioni come espiazione miglioratrice ed emendatrice. Ma a tutti questi principii che compone in una sintesi l' età nostra debbe aggiugnere una nota sua propria cioè quella che vengasi sempre più a riconoscere che la giustizia assoluta non è negazione della società o dell' individuo ma unità superiore collegatrice di queste due contrarietà, che l'individuo non è nè scopo nè organo della giustizia penale ma il subbietto su cui deve operare la legge del Diritto e che lo Stato non è lo scopo ma l' organo della penalità. Cosicchè noi vediamo con compiacimento l' estendersi del principio della retribuzione ed il propagarsi della *riforma penitenziale* in Europa. E questi due fenomeni sono a sentir nostro la più alta manifestazione dell' influenza del Cristianesimo nelle instituzioni penali perocchè dall' un canto si riconosce che la giustizia punitrice non ha altro scopo che la riaffermazione del Diritto, dall' altro si riconosce che la punizione per essere riaffermazione della giustizia assoluta dee ricondurre il delinquente all' ordine morale. L' espiazione del male per opera dell' Uomo Dio è la redenzione dell'Umanità secondo il dogma cristiano. E l'Umanità dee riprodurre questa identità come sintesi, sottoponendo il colpevole ad una *espiazione* che sia atta a *redimerlo* dall' imperio del male, ed a ricongiungerlo al principio assoluto del bene.

§ 51. *Induzioni sull' avvenire delle instituzioni penali.*

La storia è la coscienza del passato è lo specchio del presente è la chiave dell' avvenire, quando è ravvivata dalla luce del pensiero filosofico. Noi abbiam diviso la vita dell'Umanità in tre periodi l' uno dei quali è la vita *nescia fallere*, incapace del peccare per innocenza primitiva, l'altro è la vita dell' attività fallibile e però della lotta fra il bene ed il male, e l' ultimo è il ritorno spontaneo a Dio, come trionfo del bene sul male. Egli è forza perciò riconoscere che in questa terza ed ultima età della vita umana il Diritto Penale mancherà di manifestazione concreta nelle specialità dei fatti. Non è già che la giustizia punitrice sia in sè qualche cosa di transitorio e

contingente, non radicato nelle intime necessità dell' ordine morale. Noi abbiam detto che il Diritto Penale è qualche cosa di sussistente sempre in potenza in modo da abbisognare del malefizio per attuarsi come rimedio al medesimo. La potenzialità del Diritto Penale sarà perpetua perchè a cessare questa dovrebbe cessare la spontaneità dell' arbitrio umano; ma la realità in concreto della giustizia penale non potrà palesarsi perchè la sintesi armoniosa degli èsseri morali nella legge dell' assoluto togliendo via la negazione dell' ordine toglie per conseguenza l' apparizione del rimedio cioè della punizione. Il Diritto Penale sussiste *in perpetuo* nella sua legittimità assoluta come vincolo di annodamento tra l' assolutezza della legge morale e l' arbitrio libero dell' uomo; ma quando l' Umanità viveva senza essere pervenuta alla coscienza della sua attività propria il delitto non appariva a vita concreta epperò la *realità speciale* della giustizia punitrice mancava: e così del paro se mai l' Umanità dovrà raggiungere un' età di perfezione tale che la malvagità sparisca dalla terra come fatto, il Diritto Penale rimarrà come potenza senza punto esservi mestieri del suo tradursi in fatti speciali. Laonde la penalità non è una instituzione temporanea ma rimedio legittimo e santo alle imperfezioni della natura umana; e come tale sussiste in sè medesima e sussiste come una immutabile attenenza tra la legge morale in quanto è assoluta e la individualità in quanto è dotata di libero volere. Soltanto bisogna far voti perchè il *regno di Dio* si affretti sulla terra; perchè la giustizia si attui dagli uomini nella forma positiva della spontanea obbedienza, senza esser mestieri di restaurarla mercè la forma negativa della punizione.

CAPO TERZO

Storia della Scienza del Diritto Penale. (*)

—

§ 52. *Avvertenze generali.*

S' egli è vero che alle permutazioni della storia umana in generale presiede una legge una che può dirsi provvidenziale indirizzamento dei fatti verso l' idealità che sono destinati a rappresentare nella vita del Cosmo, a più forte ragione debbe esservi una legge che presiede ai vari fatti i quali costituiscono la storia del pensiero ; imperocchè il pensiero è tra le forze umane quella che meno soggiace all' arbitrio dell' uomo essendo governato dalle leggi immutabili della dialettica eterna. Cosicchè la storia di una scienza non può bene intendersi se non quando lo spirito s' innalzi a contemplare la legge che presiede al suo movimento nella vita delle generazioni umane. E questa legge poi non può da altra fonte esser desunta che dal contemplare l' essere proprio e la destinazione della scienza umana in generale come fondamento delle sue storiche permutazioni.

La scienza è il più alto grado cui l' Umanità si possa innalzare nei suoi sforzi per rendersi un conto esatto di tutto quello che la circonda , ed è la più perfetta forma del conoscere come quella in cui l' uomo imitando la cagion prima ed eterna del tutto va formando i veri della cognizione a quel modo istesso in che quella va formando gli enti dell' universo. E perchè la cognizione si radica nella obbiettività di quello che è conosciuto e nella subbiettività del principio conoscitore, la perfezione del conoscere si appalesa nelle due forme di perfezione obbiettiva e perfezione subbiettiva. La prima sta nel conoscere la realità vera delle cose qual essa è, cioè l'assoluto,

(*) Le note biografiche e bibliografiche di questa storia, sono alla fine del Capitolo.

quello che Platone dicea l'eterna ed immutabile essenza del tutto (το ον οντως). L'altra sta nella spontaneità razionale per cui l'uomo senza soggiacere ad estrinseca efficacia s'innalza al vero assoluto e cogliendolo nella sua integrità costruisce il dominio della scienza. Ora a raggiugnere la perfezione obbiettiva uopo è che si adempiano tre condizioni: l' *unità*, l' *universalità*, l' *organicità* — L' unità consiste nel cogliere il principio supremo di tutte le cose, quello che è ragione di sè e di tutto senza dipendere da altro principio. La universalità è necessaria perchè delle innumerabili cose che ci si porgono innanti niuna può dirsi veramente conosciuta se non sia avvisata in sè stessa e nelle sue attenenze con tutte le altre. Infine l'organicità è necessaria perchè la totalità dei veri conoscibili non potrebbe coesistere con l'unità della scienza senza un legame armonico che stringa in un sistema il multiplo delle cognizioni possibili coordinandole fra loro mercè il rannodamento di esse tutte ad una medesima cognizione fondamentale. E perchè la scienza subbiettivamente avvisata debbe esser l' opera dell' umana attività, egli è mestiero che questa investigando il principio supremo formi l' unità della scienza, addentrandosi per minuto in tutti gli obbietti conoscibili ne componga la varietà, ed infine rannodando il vario all' uno compia l' organismo del sapere uno ed universo. Ma a così vasto disegno richiedesi l' opera non di un solo individuo ma di tutta l' Umanità; onde la legge del tempo debbe accompagnare il generarsi della scienza nel seno della vita umana. E perchè a vari uffici richieggonsi attitudini diverse, il cammino della scienza dee porgere vari momenti storici; ed ai tre uffici che l'attività dell' uomo dee compiere nel mondo del pensiero debbono rispondere tre età principali. La prima è la contemplazione della scienza nella sua unità suprema ed in questa tutto lo scibile umano porgesi come chiuso in una scienza generale che piglia nome di filosofia; la seconda è la contemplazione della scienza nella sua varietà cioè nell' universalità del suo contenuto, ed in questa età la filosofia vien combattuta da singole discipline che sorgono a vita indipendente emancipandosi dall' anteriore stato di

germe. E l' ultima è età di sintesi e di conciliazione tra la filosofia come scienza prima e le altre discipline come scienze secondé perchè è quella della scienza organica nell' armonia di tutte le sue parti e con l' unità suprema e fra loro.

Or come la legge che governa un tutto ne governa le singole membra, anche la scienza del Diritto Penale richiede che l' attività umana ne colga l' unità, la totalità, e l' organismo; anche essa dee porgere una vita nelle vicende del tempo distinta nei tre periodi della scienza come una, della scienza come totale, e della scienza come organica. Ed a queste due condizioni, come una scienza seconda, essa aggiugne ancor quella del coordinarsi al movimento storico della scienza generale sicchè quando la scienza umana è dominata dall' elemento della unità, la scienza penale dee porgersi nella sua unità come contenuta nell' alvo materno; quando la scienza umana passa al periodo di opposizione come propria forma dell' universalità, la scienza penale debbe emancepparsi dal seno della scienza madre e venir costruendo la sua propria materia con vita indipendente; e quando infine comincia la scienza tutta ad organarsi la scienza penale dee tendere ad organarsi compiutamente collegandosi con la scienza prima e con le altre scienze seconde. Laonde possiamo affermare che la scienza penale dee percorrere tre periodi storici coordinandosi al movimento della scienza in generale, cioè il periodo della *vita in germe*, quello della *individuazione progrediente* e quello infine dell' *organamento compiuto*. *A)* Nel primo di questi periodi la scienza penale dee porgere tutto il suo contenuto nell' unità del suo principio supremo; sicchè la filosofia come scienza generale guarda il problema fondamentale della penalità e ne porge come soluzione (benchè in una maniera poco esplicata) quella stessa formola della retribuzione, il cui svolgimento debb' essere lo svolgimento storico della scienza medesima e che dovrà costituire l' ultima caratteristica degli instituti sociali nel loro movimento progressivo. *B)* Nel secondo di questi periodi la scienza penale dovendo procedere a costruirsi un terreno indipendente con le forze sue proprie debbe porgersi in opposizione con la

ricerca filosofica per preparare quel vario o molteplice senza il quale l' armonia come ultimo scopo non è possibile; onde la formola fermata dalla filosofia debbe porgersi offuscata dalle ricerche empiriche e particolari. *C)* Nell' ultimo di questi periodi la scienza penale dee pigliare il suo posto organico nella universa Enciclopedia sicchè non pure un legame logico stringa tutti i suoi veri, ma essa ritorni alla formola suprema della *retribuzione* come a quella in cui vive la verità prima dello scibile dandole un valore obbiettivo e reale; nè la Giurepru-denza dovrà limitarsi a questo ma allargare sempre più i confini della sua materia addentrandosi per minuto in tutti i problemi con lo strumento visivo di quel primo vero e svolgere una catena d' indagini seconde sul Diritto Penale in sè e nelle attenenze che lo stringono alle altre branche del Diritto ed a tutte le forme in cui si appalesa l'attività umana ed a tutte le vie che l' uomo individuale e sociale dee compiere per raggiugnere la sua suprema destinazione.

E considerando più da presso il secondo dei periodi come quello che rappresenta l' individuazione progrediente ed in cui si svolge tutto il contenuto proprio della scienza penale, egli è forza riconoscere che questa stessa età storica del *vario* nella scienza penale dee porgere una specie di legame con l' età dell' *uno* e con quella dell' organismo; sicchè vuolsi affermare che il vario come elemento fondamentale di questa età dee suddividersi in tre forme storiche, la prima delle quali è il *vario come uno*, la seconda è il vario nella sua vera essenza propria cioè *come vario*, ed infine l' ultima è il *vario che si avvicina all' organismo* mercè l' emancepparsi della scienza dalle anguste dottrine dell' empirismo utilitario. *a)* Nell' età del *vario come uno* dee porgersi tutto il contenuto della scienza penale senza veruna distinzione delle sue parti, e la scienza penale dee assumere il carattere di una prudenza pratica che avvisa il generale nelle stesse particolarità, nè altrimente valuta le particolarità che riconducendole a norme generali. *b)* Nell' età *del vario come vario* bisogna riconoscere oltre all' indole sua generale una suddivisione di periodi. Imperocchè la scienza pe-

nale distinguendosi nelle tre branche della Filosofia del Diritto Penale, della Storia del Diritto Penale e della Politica Criminale, l'elemento informatore di ciascuna di queste tre branche dee segnare un momento storico diverso da quelli delle altre. E perciò che il progredire dell' individuazione per tutte le apparizioni vitali sta nello ascendere dalla materialità alla spiritualità, seguita che la scienza penale, in questa età del vario come vario, dee segnare un progresso di vita individuale cominciando dall' elemento più materiale cioè dal *fatto storico*, poscia sollevandosi alla *critica* ed infine cercando di salire al punto di vista *filosofico*. Onde 1) un primo momento debbe appresentare la tendenza storica degli interpetri per i quali il fatto stesso è criterio supremo; 2) un secondo momento deve erompere come crisi di negazione del passato, mercè l' opera dei *novatori*; 3) e un ultimo momento debbe cominciare la ricostruzione appresentando la scienza penale che va in cerca di un principio a fine di costruire a sistema tutti i suoi veri. c) Finalmente nell' età del *vario come armonico* la scienza dal seno dell' empirismo stesso trae un documento che la solleva ad una regione più pura delle ipotesi utilitarie fondandosi sulla rivelazione che la coscienza ci fa di una legge morale immutabile universale ed eterna e della retribuzione come compimento di questa legge, il che prepara l' età del compiuto organismo della scienza penale.

Ciò posto, se noi percorriamo le manifestazioni storiche della scienza penale troviamo essersi avverate le determinazioni che noi abbiam desunte dall' essere proprio della scienza in generale e della scienza della penalità in ispecie. E primamente l' età della scienza umana come una stendesi fino al cadere del mondo antico ma il suo più alto punto di splendore è la filosofia greca che formò come un tutto l' Enciclopedia; la seconda età svolgesi nel mondo moderno e dura fino al secolo presente; la terza età finalmente ha veduto i primi albori col nostro tempo e forma nel suo cammino per rispetto a noi lo avvenire della scienza umana. Laonde nella Grecia l' unità predominante della scienza tutta apporta il periodo di unità della

scienza del Diritto Penale; — nell' età moderna l' universalità della scienza trae seco l' apparire della scienza penale come un tutto dotato di vita propria ed indipendente; — e nell' età avvenire della scienza il predominio dell' organismo produrrà lo organamento compiuto della scienza penale. D' altro canto l' età del vario nella Giureprudenza penale dovendosi dividere ne' tre periodi del vario come uno, del vario come vario, e del vario come organico, il primo di questi porgendo nell'unità qualche cosa di simile al mondo antico si appresenta dopo la filosofia greca coi giureconsulti romani; il secondo abbraccia tutta la società moderna propriamente detta a cominciare dal risorgimento della barbarie sino a'principii del nostro secolo; e l'ultimo ha avuto cominciamento quasi dopo il primo trentennio di questo secolo come apparecchio alla età sintetica dell'organismo. E finalmente quella età del vario come vario che debbe presentarsi come il massimo dilungamento della scienza dal suo principio come l'antitesi perfetta all'unità assoluta, segna i suoi tre momenti degli *interpetri*, dei *novatori* e dei *sistemi empirici o relativi*; il primo dei quali stendesi dal risorgimento degli studi nel XII secolo alla metà del secolo XVIII, il secondo abbraccia l'ultima metà del secolo XVIII, e l'ultimo i primi anni del secolo presente.

Le quali cose così dichiarate, noi possiam discendere alla storia della scienza penale dividendola negli infrascritti stadii di vita:

a) germoglio primitivo nella filosofia greca.

b) apparizione a vita indipendente co' giureconsulti romani.

c) età degli interpetri dal secolo XII al XVIII.

d) età dei novatori nella seconda metà del secolo XVIII.

e) età dei sistemi empirici tra il cadere del secolo XVIII e il cominciare del secolo XIX.

f) emancipazione della scienza dai sistemi relativi (1830).

g) primi sintomi di compiuto organamento a' dì nostri.

§ 53. *Dei primi germi della scienza penale.*

Il primo teatro della scienza nella storia dell'Umanità è senza dubbio la regione occidentale d'Europa irraggiata dalla civiltà ita-

logreca; perocchè nelle città della Magna Grecia diè fuori la scienza filosofica i suoi primi tentamenti e il popolo greco propriamente detto ebbe a destinazione il rappresentare la vita dello spirito conscio di sè stesso. Quivi dunque noi dobbiamo rinvenire il cominciamento vero della riflessione scientifica intorno al Diritto Penale. La letteratura ellenica non ha dato fuori opere esclusivamente consecrate alla penalità, bensì sentenze sparse qua e là negli scritti dei grandi filosofi. Eppure una nota comune traspare dal tutto insieme di quelle sentenze ed è che il principio della espiazione vi è consecrato ed avvisato come necessaria manifestazione dell'ordine morale.

La vita di Pitagora è dei primi Pitagorici è sparsa d'incertezze; ma quel che v'ha di indubitato si è che coloro i quali han conservato tradizioni intorno agli insegnamenti morali e civili del Pitegorismo riferiscono che i Pitagorici dettarono la giustizia assoluta della punizione del malvagio come retribuzione del suo ingiusto operare. Il che venne significato nella formola dell' *ἀντιπεπονθὸς (contra passum)*. La dottrina pittagorica venne fraintesa quando vi si lesse dentro il talione materiale dell' occhio per occhio, del dente per dente. Essa vuole intendersi nel senso che ciascuno debbe esser trattato secondo le opere che egli ha fatte (ἅ τις ἐποίησε ἀντιπαθεῖν δίκαιον εἶναι), il che importa poi come conseguenza che l' ingiustizia ritorni su quell' essere che n' è stato cagione (1).

Questa dottrina (ad una con le altre del Pitagorismo) ebbe il suo ampio svolgimento ne' divini insegnamenti di Platone. Il quale nella *Repubblica* e nelle *Leggi* sparse molte sentenze intorno la giustizia penale. Ma soprattutto alla dottrina fondamentale di questa consecrò parecchie pagine del suo Dialogo *Il Gorgia* mostrando come la punizione del malvagio oltre ad essere giustizia intrinseca attuata da colui che la infligge, opera il miglioramento dell' uomo rannodandolo per mezzo della espiazione all' ordine morale dal quale egli erasi dilungato per cagione del delitto. La pena in somma è purificazione dal male ed essendo buona in sè stessa è pure il massimo bene di colui che vi soggiace perchè è la manifestazione del Bene assoluto

nelle sue attenenze con lui. Son di quelli che han detto che la dottrina di Platone insegnava la punizione non esser retribuzione al male operato, bensì *prevenzione del male futuro*. Ma una tal dottrina non poteva appartenere al sistema platonico che ritiene utile una cosa solo in quanto essa è giusta e non giusta in quanto è utile ad un qualche scopo—E lo stesso Libro IX delle *Leggi* contiene la dottrina che se l'uomo fosse infallibile non vi sarebbe mestieri di pena ma che essendo l'uomo fallibile la legge dee vestirsi di una sanzione punitrice— Il che viene a dire che se si avesse nell'uomo la perfezione del volere, l'impossibilità di violar la legge, la giustizia non dovrebbe mai manifestarsi sotto la forma della giustizia punitrice; nè con ciò viensi affermando che la giustizia dee pigliar la forma di punitrice solo per il fine di antivenire; bensì che la legge violata non può restaurarsi altramente nella sua integrità (nel caso del malefizio) se non per mezzo della pena (2).

Aristotele trattò per incidente della giustizia penale nei suoi libri *delle cose politiche* insegnando che il punire deriva dalla giustizia ma non si pone ad atto se non per la necessità dovendosi avvisare come migliore quello Stato ove non è bisogno di punizione per rendere ottimi e beati i citadini. Ma oltre a ciò vuolsi riconoscere che Aristotele ha renduto un importante servigio alla scienza penale con la sua Etica. La quale non avvisando il bene in universale quale esso ci si appresentava nell'Etica Platonica bensì il bene nelle sue attenenze con l'uomo, svolse in tutti i suoi lati la teorica della volontà e della imputazione delle azioni umane soprattutto con la dottrina da lui fermata che v'ha in noi la libertà dell'arbitrio come principio e cagione degli atti che dalla nostra attività pigliano nascimento (3).

Gli Stoici non si occuparono specialmente della penalità ma le prepararono salde fondamenta ponendo in sodo il principio della legge morale come *mens ipsa Jovis* che dirigendo ogni cosa s'impone degna di ossequio alla libertà dell'arbitrio umano, ed è però criterio esemplare e radice delle leggi positive (4).

§ 54. *Apparizione della scienza penale a vita indipendente.*

Se la Grecia come il mondo dello spirito nella sua vita interna generò la scienza e l' arte bella, Roma rappresenta lo spirito che si appalesa nella vita esteriore e come mondo pratico ebbe per emblema il Diritto. Onde nel suo seno ebbe culla la scienza del Diritto come una disciplina speciale distinta dalle altre anzi più delle altre creduta importante perocchè i Romani avvisavano esser vera sapienza la sapienza civile. E d' altro canto come cognizione diedero agli studi del Diritto una forma scientifica, sicchè quell' ingegno sovrano del Leibnizio ebbe a dire: *post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanis jurisconsultis possit comparari, tantum nervi inest, tantum profunditatis* (Leibn. Opp. Vol. IV, p. 267.)

Cicerone può dirsi padre della Giureprudenza romana come quegli che servì di anello di concatenamento fra le speculazioni filosofiche degli Elleni e la coltura del Diritto in Roma. Avvegnacchè poco deciso nelle speculazioni razionali, Cicerone mise in mostra le bellezze dello stoicismo e svolse in tutte le sue conseguenze la dottrina della legge morale di Crisippo nei suoi libri della *Repubblica* e delle *Leggi* ponendo così la pietra angolare allo edificio della scienza filosofica del giure. Ma oltre a ciò per rispetto al Diritto Penale Cicerone ha lasciato d' intorno ad esso parecchie sentenze non pure nei libri sovraenunciati ma nella Topica e nelle Orazioni (5).

Dietro l' impulso di Cicerone e l' addimesticarsi dei Romani con la scienza ellenica e soprattutto con l' Etica degli Stoici venne in fiore lo studio scientifico del Diritto. E così la prima apparizione della scienza penale a vita indipendente si avverò co' giureconsulti romani del tempo degli Antonini. L' elemento storico della tradizione decemvirale, l' elemento di riforma proprio del Diritto Pretorio, l' elemento filosofico delle dottrine sociali della Grecia sonosi mescolati nelle opere loro e la scienza appare in essi come una totalità non per anco distinta ma composta di varietà potenziali ciascuna delle quali do-

vrà poi vivere una vita sua propria e distinta dal tutto. Essi diedero soluzioni pratiche dei problemi della penalità trattando quistioni particolari annodate a particolari contingenze senza costruire una scienza compiuta e senza consecrarsi esclusivamente o alla Filosofia del Diritto Penale o alla Storia di esso o alla Politica Criminale ; ma intrecciarono tutti questi elementi nelle loro sentenze pratiche e prepararono pertanto ampio terreno al lavoro intellettivo dei posteri perchè vi si elevasse di sopra uno splendido edificio ; chè anzi i loro scritti tramutati poscia in legge positiva rimasero come retaggio dell' antica civiltà pratica e come la materia dal cui seno doveva poscia di mano in mano emanceparsi la scienza e progredire a forma spirituale. Parecchie opere furono scritte sul Diritto Penale da Volusio Meciano (6), da Saturnino (7), da Venuleio (8), da Marciano (9), da Macro (10). Ma soprattutto sono da noverare i cinque astri della giureprudenza romana nel suo apogeo: Ulpiano, Paolo, Papiniano, Gaio e Modestino. Se non che le costoro opere non sono a noi pervenute altrimente che nei frammenti raccolti nel Digesto di Giustiniano. Onde i Libri XLVII e XLVIII delle Pandette rimangono non pure fonte istorica di un Diritto altra fiata vigente, ma servono come monumento letterario a valutare lo stato della scienza penale appo i Romani. Ed a questo movimento vuolsi attribuire quell' elemento di progresso e di preparazione all' avvenire del Diritto Penale che si avverò in quella stessa età dell' Imperio in cui non pochi errori si insinuarono nella vita sociale e nel Diritto. Intanto in questa età si venne in certa guisa oscurando quell'eminente dogma della retribuzione come fondamento della pena sì perchè i giuristi non mossero intorno a ciò quistione trattando la scienza nella varietà dei suoi problemi secondari anzichè nella sua unità suprema , sì per l' influenza che l' elemento tradizionale di Roma (chiamata a rappresentare nel movimento storico del Diritto Penale il principio sociale) dovea di necessità esercitare sull' intelletto dei Romani. Sicchè se non fosse ardita la comparazione diremmo che questo nascimento della scienza penale a vita indipendente somigliava

appunto il nascimento dell' uomo il quale inchiude l'incarnarsi dello spirito nella materia, e però quel temporaneo soggiacere dello spirito alla materia cui dovrà succedere poscia nel corso della vita l' emancipazione ed il trionfo dello spirito.

§ 55. *Età degli interpetri.*

Nella barbarie dei mezzi tempi ad una con ogni maniera di coltura tacque altresì la coltura del Diritto come riflessione scientifica. Ma la legge romana si mantenne in vigore daccanto al Diritto Germanico come legame fra la civiltà antica e la moderna soprattutto in Italia dove la ricordanza della maestà dello Impero romano durò viva per attraverso le inondazioni dei conquistatori senza esser vinta dallo elemento germanico perchè i Barbari non vi furono mai signori esclusivi e tranquilli del territorio nè della società. Chè anzi la inferiorità di coltura degli stessi Germani li spinse ad accettare le leggi di un popolo vinto ma ad essi superiore per civiltà ed a considerarle come monumento di veneranza universale. Sicchè al ravvivarsi dello spirito scientifico nel secolo XII in Europa il rinnovamento della coltura del Diritto cominciò con lo studio delle leggi romane e queste divennero il fondamento delle dottrine sociali e politiche d' Europa. E l' Italia che era stata culla del Diritto Romano e ne avea conservato il deposito nei tempi di ignoranza generale fu l' iniziatrice di siffatta restaurazione per opera principalissima della scuola di Bologna con Irnerio (11) e i Glossatori, fra' quali primeggiarono l' Accursio (12), il Bartolo (13) ed il Baldo (14). E grande incremento provenne posteriormente alla Giureprudenza dalla scuola dei giureconsulti classici che ebbe principio con l' Alciato (15) e col Cujacio (16) e fece capo a Gian Vincenzo Gravina (17) e Giambattista Vico (18). In questa intramessa dal secolo XII fino al secolo XVIII ebbe luogo il lento raccogliersi da tutta la materia della scienza penale e fu questa l'età degli *interpetri* per cui predominando l' autorità del Diritto Romano la scienza prese una direzione tutta pratica informata dall' elemento storico in cui criterio della cognizione era il fatto medesimo. Ed oltre ai sum-

mentovati intelletti che ragionando delle cose del Diritto trattarono pure di quella branca di esso che concerne la punizione dei delitti (19), la cognizione del Diritto criminale divenne speciale obbietto delle investigazioni di molti. Il primo libro particolarmente indirizzato ad una trattazione del Diritto Penale fu quello di Alberto Gandino ove parlasi ampiamente del procedimento inquisitorio, del sistema di pruove legali statuito nel Diritto Romano, si svolgono principii importanti intorno la imputazione, si analizzano parecchi delitti come l'omicidio il furto il ladrocinio il reato di falso (20). Altri seguitarono la via da lui corsa di lavori dogmatici e tra questi son degni di special nominanza Bonifacio Vitalini (21), Jacopo de Belvisio (22), Jacopo de Arena (23), Ippolito de Marsilii (24), ed il più importante fra tutti questi scrittori anteriori al secolo XVI è Angelo dei Gambilioni soprannominato l'Aretino (25). Nel secolo XVI poi la scienza penale ebbe in Italia soprattutto splendidissimi cultori in Giulio Claro (26), Egidio Bossio (27), Tiberio Deciano (28), il primo dei quali col suo Libro Quinto delle Sentenze riformò il foro italiano nel suo secolo, il secondo fu uno dei più alti maestri delle cose penali in Italia e fuori, e l'ultimo fu detto dal Renazzi *vir dignus meliori sæculo*. E già in altre contrade cominciarono a sorgere degli accreditati scrittori come Josse Damhouderio (29) che si distinse per mirabile ordine e chiarezza, Andrea Tiraquello (30), Pietro Ayrault (31), Benedetto Carpzovio padre della giurisprudenza penale in Alemagna (32). E nei secoli posteriori, mentre in Italia fiorivano per chiara nominanza e per forti studi nelle cose penali Prospero Farinacio (33), Sigismondo Scaccia (34), Sebastiano Guazzini (35), Marcello Marciano (36), Francesco Giuseppe de Angelis (37), Francesco Maradei (38), Tommaso Saverio Caravita (39), Niccolò Alfano dottissimo d'infra i penalisti del suo tempo (40), vennero pure in alto grido fuori d'Italia Anton Mattei batavo (41); i francesi Daniele Jousse (42), e Rousseaud de la Combe (43), e l'alemanno Federico Boemero (44), ed altri molti ancora ebbero nominanza (45). Ma lo elemento comune a tutti questi scrittori è la esegesi che dominata dal principio dell'autorità tradizionale si poggia sul Diritto Romano soprattutto e poi anche sulle leggi

posteriori ecclesiastiche e temporali sulle consuetudini locali delle città sugli usi di giudicare e sulle opinioni stesse degli scrittori che interpetrarono queste fonti giuridiche. Cosicchè un cumulo di incertezze vennesi generando nella scienza e nella pratica del Diritto Penale. Non è già che in queste opere non sia lume alcuno di razionalità; che anzi ove bene sappiasi discernere ed eleggere il buono dal cattivo si vedrà per a traverso questa lunga seguenza di opere farsi via lentamente la luce dell'avvenire. Ma questo che può dirsi preparamento dei progressi posteriori non può al certo togliere che l'indole predominante di una tal epoca della scienza fu la tradizione storica del Diritto Positivo. Onde non è a maravigliare che l'antica dottrina pitagorica e platonica della giustizia espiatrice che reintegra l'uomo nella partecipazione all'ordine morale siasi andata sempre più cancellando dagl'intelletti; perocchè o non fu elevata la quistione del fondamento giuridico della punizione, ovvero se qualcuno si sollevava alla ragione degli instituti penali non sapea sottrarsi alle sperperazioni di già avvenute negli studi morali la cui morcè veniva assegnato alle discipline sociali un dominio al tutto estraneo alla scienza morale poggiandole sulla *ragione di Stato*. La formola della retribuzione penale avea conseguito nel dogma cristiano la più alta espressione religiosa per imprimersi nella coscienza del genere umano; imperocchè esso insegnava che il peccato degli uomini deve lavarsi con la punizione di colui che pecca, e che il Cristo come simbolo dell'Umanità espiante reintegra l'ordine morale fra gli uomini epperò li emancipa dalla *servitù* che è proprio effetto del trasgredire la legge morale e si offre vittima di olocausto alla Divinità offesa dal delitto degli uomini. Oltre a ciò quando il Cristianesimo generò il divino riverberò della sua luce nell'arte che dicesi moderna apparve il Dante ad insegnare l'Etica dell'Umanità e ragionò della espiazione come elemento necessario a purificare l'uomo dal delitto. Ancora della legge eterna e della necessità che è nelle leggi umane di esemplarsi su questa avean ragionato gli scolastici e soprattutto S. Tomaso. Ma questi pensieri rimaneano slegati e dimenticati; chè non altro occupava le menti dei forensi che raccogliere casi senza adoperare regole generali. E solo come

una eccezione a questa continua tradizione porgesi Ugone Grozio; imperocchè avendo egli dato col suo libro, sul Diritto delle genti il primo fondamento ad una scienza nobilissima com'è quella della Filosofia del Diritto in generale, discese alla contemplazione della pena e la fondò nell'ordine morale seguitando la tradizione pitagorica e platonica quantunque richiedesse l'elemento della utilità sociale come alcuna cosa che debbe aggiungersi alla giustizia nella valutazione del reato e della pena. Il che se viene avvisato nella esteriore apparenza sembra naturalmente un dualismo ed un offuscamento del principio platonico della purificazione morale. Ma se si considera che la dottrina della espiazione negli antichi filosofemi non porgeva per anco la duplice forma della retribuzione morale e della giuridica (per il non essersi ancora ravvisata nitidamente dagli antichi la distinzione della moralità dal Diritto), si appaleserà certamente nel pronunciato del Grozio come una divinazione della dottrina che la scienza moderna ha fondata, cioè che dal principio della espiazione delle trasgressioni della legge morale deriva la necessità di espiare le trasgressioni del Diritto e la necessità di espiare le trasgressioni della moralità con un divario tra l'una e l'altra maniera di espiazione. Ma questi primi germi di una novella età rimasero perduti, avverandosi che i giuristi si spaziarono nel campo delle dottrine speciali poco curando delle generalità scientifiche, dove che i filosofi punto non si davano pensiero delle particolarità dei fatti sociali. Di maniera che se vogliamo ravvisare l'influenza del principio cristiano nella scienza penale egli è mestieri ravvisarla nei periodi posteriori all'età degl'interpetri, perchè nella medesima tutto era determinato dalle autorità tradizionali come una *Scolastica del Diritto* ; e la Metafisica venne ad essere posta fuori del dominio delle discipline necessarie alla civiltà giuridica della società umana.

§ 55. *Età dei novatori.*

Quando un cumulo di incertezze erasi generato con l'età degli interpetri, quando la scienza veramente detta che consiste nel cogliere verità razionali punto non avvivava col suo splendore le materie accumulate di cognizione giuridica, egli era di bisogno

che questa materialità della scienza si convertisse in ispiritualità, e che di tante opinioni accumulate le une sulle altre, e di tante regole ed eccezioni di che abbondava la casuistica del foro si formasse un tutto vivente dotato di spontaneità e di vita. Or l'apparizione del principio spirituale nella scienza non poteva aver luogo senza il momento di crisi; imperocchè lo spirito umano in ogni nuova conquista da ottenere dee momentaneamente porsi in guerra col passato e negarlo per indi eleggerne il buono come strumento di ricostruzione ed annodare gli sforzi delle generazioni presenti all'opera delle passate e formarne la tradizione una e continua della vita dell'Umanità. Or parecchie cagioni propizie si appresentavano all'apparizione di questa nuova forma nell'andamento della scienza dalla metà del secolo decimottavo. Imperò che primamente lo spirito di investigazione disimpedita del vero da due secoli avea slanciato lo spirito umano in un vasto campo di ardite speculazioni sicchè esso avea acquistato per così dire la coscienza della sua forza e del suo diritto. D'altro canto fin dal secolo XVII era sorta per opera del Grozio come disciplina speciale fra le scienze filosofiche la scienza del Diritto Naturale che avea cominciato a scandagliare i più alti problemi sociali ed a tentarne delle soluzioni, il che non potea non avere una efficacia sul Diritto Penale che immediatamente rannodasi ai supremi principii del giure universo. Oltre a ciò l'Hobbes con la sua ipotesi sullo *stato di natura* ridotto a vita ordinata mercè un voluto *contratto sociale*, quantunque avesse insegnato dottrine rigide intorno l'ordinamento dello Stato (il cui scopo, secondo lui, doveva esser quello di assicurare mercè il terrore la pace di tutti verso tutti) pure dischiuse il varco al movimento innovatore perchè l'individuo riconoscendosi centro dinamico della stessa vita sociale potè domandare alla società ragione della sua soggezione ai dettati di essa, e posto in problema il diritto di punire potè avvisarlo dal punto di vista dell'individualismo, come uno di quei diritti che l'individuo ha delegati alla società nel patto sociale per la conservazione di sè stesso. Ed infine la stessa Giureprudenza pratica aveva in certa maniera renduti sacramentali gli orrori della tortura e delle inquisizioni che avean cangiato la giustizia

penale in un inutile flagello, il che la dipingeva come odiosa allo spirito indagatore. Ond'è che dopo pochi lampi fuggevoli del Borromini del Botero e del Montesquieu (45) su' miglioramenti di cui avean mestieri le instituzioni penali soprattutto per ciò che concerne la mitezza delle pene, tuonò la voce di Cesare Beccaria in Europa come il grido dell'avvenire contro l'eco del passato, come la parola della ragione contro le tradizioni morte della storia. Dotato di un'anima ardente e di un ingegno squisito egli nel 1764 diede a luce la celebre opera *Dei delitti e delle pene* che sebbene di picciol volume fu germe di amplissime innovazioni. Quivi chiamando innanzi al tribunale della coscienza gli errori del passato in ordine alla punizione dei rei riprovò l'arbitramento degli indizii la tortura il processo inquisitorio, le pruove privilegiate, la confisca, il duello, i giudizi di Dio, e fu primo a levar la voce contro la pena di morte, e conchiuse il suo libro con quel dettato memorando che *la pena debbe essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili, proporzionata al delitto, dettata dalla legge*. Vero è che le dimostrazioni le più delle volte son deboli, che nel Beccaria scarseggia la scienzialità delle deduzioni, che egli fu dominato dalla assurda ipotesi del contratto sociale. Ma non è lieve l'importanza di lui quando si consideri che egli formolò con la eloquenza di una santa ispirazione la necessità di svellere gli abusi del vecchio foro e che la sua voce come generosa protestazione che riepilogava la voce di tutti sui diuturni dolori delle umane generazioni divenne seme fecondo negli animi dei suoi contemporanei (46). Laonde avvegnachè non fossero mancati dei propugnatori ardenti del passato che cercarono di opporsi alla tendenza critica da lui ingenerata negli studi penali, come il Facchinei (47), il Pescatore (48), il Cremani (49), il De Simoni (50), il Muyart de Vouglans (51), pure questa opposizione come un avanzo del passato rimase impotente a frenare l'impulso del Beccaria. E per fermo le società letterarie di Metz, di Berna, di Châlons, di Mantova generosamente posero premi per chi meglio scrivesse intorno alle riforme da introdurre nella penalità; ed a questo si aggiunse l'opera di coloro che eran chiamati a reggere le sorti delle nazioni e che scossi alla voce

della Umanità fecero buon viso a simiglianti discussioni sicchè il lume della intelligenza investigatrice potè mettere in chiaro le vie di miglioramento. E risvegliata la emulazione degl' ingegni parecchi scrittori si appalesarono che facendo eco al Beccaria combatterono quale più, quale meno, le antiche dottrine forensi, cangiarono in problemi i pronunciati fondati sull'autorità e cercarono risolverli con ispirito sciolto da ogni maniera di preoccupazione e sollecito di diminuire i mali dell'umana famiglia in una branca di attenenze che dovea vivamente destare la sollecitudine degli animi generosi. E per fermo il Servan (52), il Dupaty (53), il Brissot de Varville (54), il Bexon (55), il Pastoret (56) ed altri in Francia (57), l'Eden (58), il Blackstone (59), l'Howard (60) ed altri (61) in Inghilterra; il Sonnenfels (62), l'Hómmel (63), il Globig e l'Huster (64), il Klein (65), il Kleinschrod (66) ed altri in Germania (67) ed il Risi (68), il Filangieri (69), il Pagano (70), il Renazzi (71) ed altri in Italia (72) trattarono delle riformazioni di che il Diritto Penale avea mestieri per metter compenso agli abusi del vecchio foro e delle antiche instituzioni.

§ 56. *Età dei sistemi empirici.*

Quando lo spirito umano ha atterrato l'edifizio del passato sorge il bisogno di riedificare perocchè la vita è affermazione e non può perdurare il pensiero nella semplice forma di negazione del passato. E perchè il riedificare nella materia di una disciplina giuridica non era possibile senza risalire ad un principio che potesse esser di fondamento ad altri pronunciati, alla molteplice varietà delle indagini innovatrici doveano succedere gli sforzi per cogliere il principio uno della scienza penale. Così divenne predominante il bisogno di una costruzione sistematica che si elevasse al fondamento razionale della penalità, ed i sistemi apparvero a lottare sul teatro della scienza; il che nella storia di ogni disciplina speciale rappresenta per appunto lo sforzo della medesima a cogliere la sua unità interna, a perfezionare la sua vita come un organismo indipendente dagli altri. Se non che gli studi razionali eran dominati al cominciar del nostro secolo da una forma comune che rannodavasi allo andazzo del secolo decimottavo cioè all'analisi

ed alla osservazione empirica. Imperocchè il diramarsi della scienza in parecchie famiglie di discipline secondo che tutte aveau per comune origine il materiale raccoglimento di fatti empirici non solo avea generato una opposizione tra la scienza metafisica e le altre scienze ma per virtù dello incremento delle cognizioni nel terreno empirico si appalesò pure una dualità di tendenze nel seno della stessa Metafisica porgendovi daccanto al metodo deduttivo di una intuizione fondamentale, che si svolge per processo discendente dall' universale all' individuale, il metodo della esperienza induttiva che muove con l' opposto processo dell' ascendere dall' individuale all' universale per via di astrazione. E così l' empirismo divenne la dottrina predominante di coloro che alle discipline filosofiche si consecravano. E perchè l' empirismo non ha vera intuizione del generale ma solo di quello che è comune a parecchie individualità, la Giureprudenza nello elevarsi all'elemento filosofico per il predominio dell' empirismo negli stessi studí razionali non potea porsi di sopra dal concetto dell' individualità. D' altro canto la stessa vita delle generazioni umane era in tali condizioni da non potersi levare a concetto più alto perocchè l'individualismo era divenuto il dogma dominante come convinzione universale in guisa da esser base di tutte le forme dell' attività umana, anzi aveva ottenuto il più alto suo trionfo nella vita civile col movimento dell' ottantanove; e segnatamente nel Diritto Penale avea generato l'impulso delle riforme che si avverò nella seconda metà del secolo decimottavo. Di maniera che le dottrine sociali e politiche e con esse quella della punizione dei malefizi mossero dall'individualità e solo a questa fecero capo. E perchè quando trattasi dell' individuo nella ragion penale si appresenta dall' un canto l' individualità degli uomini tutti e dall'altro l'individualità del delinquente, la scienza in questa età di empirismo generò due sistemi: quello dell'*esemplarità preventrice* e quello dell'*emendamento del reo*, fra' quali si intrecciò una terza dottrina che compose questi due sistemi fondando la legittimità della pena sì nell' *emendamento e sì nella prevenzione*.

§ 57. *Continuazione.* A) *Sistema della prevenzione.*

Taluni vedendo nella vita sociale la comune guarentigia di tutti gli uomini, e contemplando il fatto che il delitto direttamente o indirettamente turba la vita sociale statuirono a fondamento della punizione la difesa della vita sociale, la quale antiviene il delitto con la *minaccia* di una pena innanzi che esso sia consumato, e preserva la sicurezza di tutti dal turbamento di futuri delinquenti mercè lo *esempio della pena* quando un delitto si è avverato. Questa dottrina di già trovavasi negli scritti del Montesquieu del Pufendorf del Beccaria del Filangieri del Brissot de Varville del Burlamaqui del Vattel del Pastoret i quali rannodandosi alla ipotesi obbesiana dello *stato di natura* dissero che gli individui tutti nel contratto sociale hanno ceduto alla società il diritto di punirli per antivenire i futuri delitti. La scienza sociale si emancipò da questa ipotesi e mosse dal fatto che la società è lo stato naturale dell' uomo e che il conservare la vita sociale è la vera conservazione della vita dell' individuo. A questa emancipazione dalla ipotesi obbesiana cooperò efficacemente Giandomenico Romagnosi, mente vasta comprensiva universale che addentrandosi in ogni maniera di disciplina scolpì in tutte le sue opere la nota della originalità e della indipendenza. Egli fondò il Diritto sulla necessità di fatto della natura umana. Ma questa dottrina sostituita all' antica non uscì dai confini dell' empirismo e dello individualismo. E per fermo il Romagnosi volle con la sua *Genesi del Diritto Penale* ricercare non l'origine storica ma l'origine metafisica della punizione. Movendo dal principio della necessità che rende legittimi i mezzi indispensabili per un dato fine, egli lo pose a sorgente dei diritti e dei doveri e l' applicò alla penalità insegnando che siccome la difesa nello stato ipotetico di natura ha per base e limite la necessità di fatto la difesa sociale mercè la pena ha per base e misura la necessità, e che la pena pertanto non ha per iscopo di togliere un male già fatto o di riparare la morale, ma di reprimere con l' esempio la spinta criminosa la cui forza diviene perciò misura della quantità e della qualità della pena. Con questa dottrina il Romagnosi cercò di costruire i principali teoremi della scienza

penale avvisando le pene nella *scelta* nella *proporzione* nella *quantità* nella *efficacia*, nella *singolarità* e nella *uniformità allo impulso criminoso*, e considerando il delitto in sè, nella sua esecuzione, nella sua imputazione, e nelle sue attenenze con l'attentato. Al che venne aggiugnendo le dottrine sui mezzi di antivenire le cagioni dei delitti e sul modo di applicare i principii concernenti la penalità tenendo conto della gravità dei reati a seconda del dolo e a seconda del danno (73). Questa dottrina così fondata dal Romagnosi che riducesi all'antica sentenza: *punitur non quia peccatum est sed ne peccetur*, vennesi appresentando in altre forme svariate ma rimanendo nel fondo la medesima. Così *Anselmo Feuerbach*, in Germania iniziò il movimento di sistemazione della scienza col suo Trattato del Diritto Penale germanico ove raccolse tutto il Diritto Positivo quale emergeva dalle leggi romane dalla *Carolina* e dalle leggi posteriori ordinandolo in rigoroso sistema che toglie tutte le incertezze nelle quali esso era avviluppato per la moltiplicità e la diversità delle fonti. E principio dominatore posto a base di una tal costruzione fu quello della *coazione psicologica*. Imperocchè il Feuerbach, seguitatore del criticismo kantiano e della sua dottrina che l'essenza del Diritto sta nella coesistenza delle individualità libere, tenne che la legge non potendo costringere fisicamente gli individui a prestare obbedienza ai suoi dettati, deve costringerli moralmente con la *minaccia* di una pena prima che il reato si compia e con l'intimidazione nascente dallo esempio quando il reato si è appalesato nel mondo della esistenza. E da questo principio egli trasse la logica deduzione della severità della pena, deduzione che egli poi venne applicando al suo *Progetto di Codice Penale* per la Baviera, tramutato in legge nel 1831 (74). E col Feuerbach una numerosa schiera di penalisti apparve a fecondare la dottrina della pena preventrice tra' quali son da nominare Carlo Augusto Tittmann (75) Cristofaro Martin (76) Carlo Grolman (77) G. E. Schulze (78) J. G. A. Wirth (79).

Anco in Italia questa dottrina fu generalmente insegnata dal Liberatore (80) dal Fodera (81) dal Nani (82). E soprattutto poi si porse accompagnata da copiosa erudizione per opera di Giovanni Carmignani. Il quale e nei suoi *Elementa Juris Criminalis*

e nella *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* negò alla pena ogni scopo di espiazione nè altro fine le assegnò da quello infuori di preservare la società dalle possibili aggressioni dei futuri delinquenti fondando la sua dottrina della *necessità politica della pena* sull' empirismo e sull' ideologismo del secolo decimottavo. Se non che la sua dottrina già segna un progresso sulle altre come quella che se disconosce il principio di giustizia come fondamento e scopo della pena lo riconosce come condizione perchè la difesa sociale si compia e come limite all' azione del principio politico. Il che logicalmente è una inconseguenza, ma addita il bisogno di salire ad una dottrina più alta che non è quella dell'interesse sociale(83).

Questa teorica così variamente esposta o per dir meglio formolata con varie locuzioni come son quelle della coazione psicologica, dell' ammonizione, della difesa, della necessità politica, della prevenzione riducesi ad un solo e medesimo pronunciato, cioè che l' *individualità del delinquente debbe essere immolata siccome strumento ad assicurare la individualità degli altri uomini*. E sebbene in parecchi sostenitori di questa dottrina l'interesse personale sia combattuto come vedesi nel Romagnosi e nel Carmignani sempre la teorica merita il nome di utilitaria perocchè non riconosce una giustizia assoluta come fondamento del punire; e d' altro canto la stessa dottrina sociale professata da questi pubblicisti avvisa la società come mezzo per l' individuo non come condizione per alcun che di superiore. E già con questa avvertenza potrebbesi dire bastevolmente confutata la teorica della coazione psicologica. Imperciò che delle due cose l' una : o i difensori del principio della prevenzione riconoscono un Diritto in sè che merita ossequio innanzi agli uomini come manifestazione della legge morale, o nol riconoscono. Nel primo caso ponendosi una giustizia assoluta come espressione della legge morale nelle sue attinenze con l' attività umana e come fondamento della conservazione della vita sociale, non si può non riconoscere in questa la sua forza di retribuzione assoluta. Ovvero si disconosce questa giustizia assoluta in sè medesima e sparisce ogni fondamento che legittimi il perchè l'individuo debba soggiacere a lesioni da parte della società umana. D' altro canto a volersi porre nel punto di vista dei propugna-

tori di questa teorica la storia smentisce ad ogni tratto che la pena minacciata antivenga il reato, e che lo antivenga del pari l'esecuzione di quella minaccia su di un colpevole a rispetto degli altri. Il delitto appare malgrado la minaccia della legge penale; il delitto appare dopo la esecuzione di questa. Quindi o si voglia avvisare la prevenzione dal punto di vista della necessità o dal punto di vista dell' utilità, sempre egli è certo che la pena minacciata o eseguita può diminuire il numero dei delitti ma non può impedire che il delitto non apparisca. Epperò la pena non può essere adoperata a tanto scopo come quella che non può raggiungerlo.

Indipendentemente da ciò due conseguenze sarebbero inevitabili nella dottrina della prevenzione imperocchè dall' una parte bisogna esasperare con crudeltà le pene affine di intimidare; e perchè la pena è un dolore incerto e lontano e il piacere del delitto è prossimo e certo per il delinquente, questa esasperazione dev' esser tale da operare che la gravezza del dolore minacciato vinca la prossimità e la certezza di quel piacere che nasce dalla consumazione del delitto. E d' altra parte come ogni delitto che s' avvera è pruova che la legge penale è impotente a prevenirlo con la pena minacciata, bisogna esasperar la pena ad ogni maleficio che si avveri con una nuova legge penale, e così la pena di ciascun delitto sarebbe da esasperarsi in infinito.

Oltre a ciò la prevenzione porta seco che tanto si ha diritto a punire per quanto basta ad antivenire. Quindi ogni determinazione di pena sarebbe impossibile; perocchè la prevenzione risulta da un elemento variabile a seconda delle varie subbiettività degli uomini, perchè ad alcuni basterebbe come intimidazione un dato genere ed una data quantità di pena dove che a ciascun altro diversa quantità e genere diverso di pena si richiederebbe per ottenere l' effetto di costringerlo psicologicamente. Di maniera che la legge penale per essere giusta dovrebbe variare all' infinito e bisognerebbe *a priori* conoscere per ciascun individuo la quantità necessaria a dargli controspinta alla spinta criminosa, quantità che non pure è variabile da inviduo ad individuo ma da un istante ad un altro istante nel medesimo individuo.

Finalmente la teorica della intimidazione non può cansare un

dilemma. O egli è dato al legislatore creare il reato cioè ad arbitrio dichiarare che sia delitto un' azione quando ha necessità di impedirne la consumazione, ed in tal caso la giustizia penale dipenderà dall' arbitrio ; ovveramente dicesi che la prevenzione ha luogo quando la pena restringesi nei confini del delitto e del delinquente, ed in tal caso il delitto sarebbe determinato fuori del principio della prevenzione e questo non potrebbe divenire principio organatore della scienza penale.

Dalle quali cose raccogliesi che la dottrina della *necessità politica* è erronea, ed impotente a divenir fondamento della giustizia punitrice. Vero è che questa dottrina (non altrimente che nell'Etica gli eudemonisti rendono un omaggio al principio stoico della legge morale) riconosce il principio che la società umana non può conservarsi se non attua il giusto col punire il malefizio. Ma facendo dipendere la legittimità della punizione da un principio diverso dalla giustizia rende immagine di colui che irraggiato dalla luce per conoscere gli obbietti che lo circondano chiude gli occhi e pretende col tatto acquistare quelle cognizioni che solo l'occhio può dare. Sicchè potrebbonsi ai suoi difensori accomodare meritamente le parole del divino poeta :

Chiamavi il Cielo e intorno vi si gira
Mostrandovi le sue bellezze eterne
E l' occhio vostro pure a terra mira.

§ 58. *Dottrina dell' emendamento.*

Il movimento individualistico che si era appalesato in tutte le direzioni della vita sociale ed avea generato la dottrina della pena come mezzo di assicurare le persone e le proprietà dell'individuo non mancò di generare un sistema che ne è pure logica deduzione. Quando l' individualità umana era stata presa a fondamento delle indagini e posta come centro cui convergono tutti gli instituti sociali, essendosi avvisato ciascun uomo come un essere che non ha scopo fuori di sè medesimo ed inviolabile innanzi a tutti gli altri uomini, le dottrine sociali e giuridiche andarono all'affermazione che la persona stessa del delinquente non cessando di es-

ser persona epperò rivestita del sacro diritto di individualità non può essere immolata come strumento alla tranquillità sociale degli altri uomini, e che solo è lecito operare in via di punizione sul delinquente quando la punizione abbia per iscopo il miglioramento di lui. Di quindi ebbe origine il sistema dello emendamento morale del reo che professarono con ardenza Guglielmo Roscoe (84), Eduardo Livingston (85), Giov. Errico Abicht (86), Er. P. Spangenberg (87), C. Aug. Roeder (88), il francese Carlo Lucas (89) ed altri molti scrivendo sulla loro bandiera le memorande parole dell'Ospizio di S. Michele a Roma: *Parum est improbos coërcere pœna nisi probos efficias disciplina.* Varie forme sorsero dell'attuazione di un tal desiderio generando la riforma delle prigioni ma in tutte predominò l'elemento comune d'indirizzar la giustizia penale come mezzo alla individualità siccome a scopo, cercando di risvegliar il pentimento o la coscienza morale nell'uomo del delitto, sicchè dirittamente un tal sistema si disse penitenziale. E stendendosi nei più larghi confini una teorica siffatta si giunse per anco a sostenere che non debba esservi pena e che le case ove son da custodire i delinquenti debbono essere una specie di ospizio morale ove frequenti visite sono a farsi dal giurì medico di correzione per applicarsi a ciascuno una condizione variabile e proporzionata ai progressi quotidiani della malattia e della guarigione morale. Tale è la dottrina dello emendamento del colpevole come fondamento di legittimità della punizione. Non si può disconoscere che questa dottrina è superiore a quella della prevenzione ed ha efficacemente contribuito a rendere umane le instituzioni della penalità facendo abolire, dov'essa ha trionfato, la ferocia delle pene. Nè si può disconoscere una parte di verità nel principio dello emendamento; imperocchè la pena debbe pure essere emendatrice, e questa è una delle condizioni essenziali della pena. Ma quando si fa dello emendamento il principio di legittimità della pena, quando si dice che la punizione è giusta perchè emenda ed in quanto emenda il colpevole, si ricade nello errore comune alla dottrina della prevenzione di porre un principio utilitario e contingente a fondamento del Diritto, di considerar la giustizia sociale come uno strumento che serve all'individualità uma-

na siccome a suo scopo supremo. Oltre di che non è possibile dalla dottrina dell'emendamento avere una determinazione di quello in cui consiste propriamente il delitto. Ed a ragione uno scrittore moderno contrappone alla dottrina dell'emendamento il seguente dilemma: O il legislatore vuole l'emendamento civile, giuridico, ed in tal caso si confonde la dottrina del miglioramento con quella della prevenzione; ovvero il legislatore vuole l'emendamento morale, ed in questo caso si propone un ufficio che trapassa i suoi confini essendo lo Stato non altro che l'organamento vivente del Diritto.

§ 59. *Continuazione. Dottrine miste.*

Fra questi due sistemi sorsero ad intramezzarsi delle dottrine miste; perocchè taluni insegnarono che le pene debbono esser miti in quantochè la società vien meglio difesa mercè la emendazione dei delinquenti che estingue la cagione dei turbamenti sociali epperò antiviene nella sua radice il male del delitto, ed altri insegnarono che l'esempio della pena è il vero modo di migliorare il colpevole mostrandogli le conseguenze a lui dannose del suo perverso operare. E soprattutto in questa categoria vuol esser posta quella che porge il principio dell'utilità nella sua forma più genuina senza veste o larva di sorta fondando sull'interesse personale il Diritto tutto quanto ed in ispecie il Diritto penale. Movendo dalla individualità dell'uomo e dal duplice fenomeno del piacere e del dolore, Geremia Bentham elevò su questo l'*aritmetica* e la *dinamica* morale; l'aritmetica morale costituisce secondo lui il calcolo delle varie nature dei piaceri e dei dolori e delle varie condizioni ed attenenze che li modificano; la dinamica morale poi enuncia i modi come operare efficacemente sull'animo e fra questo precipuo mezzo è la pena. Allorchè il delitto è avvenuto uopo è prevenire la ripetizione di delitti simili; e come il pericolo può venir dal delinquente e dagli altri che possono aver motivi simili, la prevenzione debbe essere generale per tutti i membri del consorzio civile, e speciale per la persona del delinquente; la prevenzione speciale si opera per impedimento fisico a fare il male, per emendamento, per intimidazione, la prevenzione generale si fa

per via dello esempio e questo è lo scopo ed il fondamento principale della pena. E questa pena per meglio conseguire lo scopo della prevenzione debbe estirpare la radice del male giuridico migliorando l' individualità di colui che vi sottogiace (90).

Ma per questa maniera di dottrine le quali, come chiaramente si scorge, vorrebbero comporre la emendazione con la prevenzione in guisa da dare un duplice scopo alla punizione, egli è superfluo il porre in mezzo delle obbiezioni perocchè quello che vale contro ciascuna delle dottrine relative vale altresì contro quelle che si radicano in esse pigliando da esse i loro elementi.

§ 60. *Emancipazione della scienza penale dai sistemi relativi.*

Tutti i sistemi sinora esposti non uscivano dai confini dello individualismo; sicchè la scienza non trovò in essi per ancora alcun che di radicalmente fermo in cui poggiarsi; imperocchè l'individuo avvisato in sè stesso ed isolatamente perde ogni valore dove che rinviene ogni sussistenza e legittimità quando è contemplato in un ordine superiore da cui piglia origine, in cui consiste ed a cui fa capo. Così la scienza della penalità rimase nel campo dell' empirismo seguitando quell'individualismo che s'era appalesato in tutte le branche dell'attività umana, per conto della scienza e della vita. Ma già in questo essa avea progredito col riconoscere la necessità di costruire tutti i veri del Dritto Penale sul fondamento di un principio che ne giustificasse le instituzioni. Oltre a che v'ebbe un altro progresso nella lotta dei sistemi dalla quale chiaro si scorgea com' essi rappresentavano due desiderî egualmente legittimi cioè la prevenzione del malefizio, ed il miglioramento dei colpevoli e che a comporli armoniosamente uopo era di un terzo principio indipendente da ciascuno di essi e superiore ad entrambi. E qui si rannoda il transito della scienza dall' empirismo individualistico al periodo di organamento razionale. E perchè la scienza era storicamente sottoposta al predominio dello empirismo il transito non poteva altrimenti avverarsi che con un anello intermedio che nel seno dell' empirismo stesso fosse come mezzo per elevarsi ad un mondo superiore. Ora già daccanto al sensismo del secolo XVIII

era sorto un empirismo che potrebbe dirsi spiritualistico con Tommaso Reid nella dottrina del senso comune e dei sentimenti morali; e questo spiritualismo empirico erasi perfezionato con Emmanuele Kant (91). Il quale facendo omaggio alle credenze della Umanità intorno al principio morale col suo imperativo categorico insegnò che l' *uomo a quel modo stesso che ha il cielo stellato di sopra al suo capo ha la legge morale scolpita nel suo cuore;* e venne persino applicando questo principio alle cose di ragion penale ove affermò che la punizione del delinquente è un comandamento della ragione, un imperativo categorico per cui l'uomo non debbe esser punito à cagione dell' utilità che la punizione può recare all' umana convivenza ma solo perchè egli ha violato la legge morale. E già la voce del Kant avea generato in Francia una scuola di pubblicisti come il Cousin il Guizot il de Broglie che fece del principio morale il fondamento di tutte le sue lucubrazioni intorno le attenenze interiori ed esteriori della vita dello Stato. In tal guisa era già posto l' addentellato ad una costruzione sistematica della scienza penale sovrà il principio della giustizia. Ed ecco un grande giureconsulto e pubblicista italiano, Pellegrino Rossi (92) che vide nel pronunciato del Kant uno strumento efficacissimo ad emanceppare la scienza da'confini angusti delle dottrine individualistiche le quali difettavano di base sufficiente ed a costruirla non con l'elemento dissolvitore dell'individualità ma con la forza coagulatrice di un principio superiore a tutte le forme possibili nelle quali l' individualità si manifesta. Ed invocando la testimonianza dell' intimo sentimento di tutti egli si elevò al pensiero della giustizia eterna come idea scolpita in tutte le coscienze e contemplando la penalità nello aspetto negativo di quella svolse la formola pitagorica della retribuzione. E così venne egli affermando che la punizione fondasi sul principio che la giustizia umana debbe essere una imitazione della giustizia morale assoluta nei limiti del bisogno sociale e delle imperfezioni proprie della natura dell'uomo. E tutti i problemi del Diritto Penale vennero da lui risoluti mercè questo lume e ricondotti dialetticamente dal campo degli interessi politici nella regione superiore dell'ordine morale; al che s'aggiugne che mentr'egli contemplava l'ideale della pena-

lità non lasciò mai di porre in mezzo delle considerazioni pratiche sul valutamento dei mezzi e degli ostacoli di fatto per l'attuazione delle verità che egli riconoscea siccome scolpite a note indelebili nella umana coscienza. Così venne egli restaurando una dottrina antichissima da cui la scienza per la necessità del suo svolgimento a vita individuale ed indipendente erasi allontanata. Pure due imperfezioni rimangono a notarsi nel suo tentamento. La prima si è che egli rimane sempre nell'empirismo perchè quantunque s'innalzi alla nozione dell'ordine morale questo è avvisato da lui non come una realità metafisica ma come una concezione di nostra mente a cui non altra nota appone se non quella di essere scolpita nella coscienza universale del genere umano; onde la sua dottrina difetta di un fondamento che la renda incrollabile innanzi alle aggressioni dello scetticismo. L'altra imperfezione è quella che egli non pone una formola veramente una come base delle instituzioni penali e della scienza delle medesime; perocchè dall'un canto riconosce il principio morale nella sua assolutezza, e poi dall'altro vi appone due limiti: quello cioè della necessità sociale, e quello della imperfezione dei mezzi umani. Questo dualismo nuoce alla unità che richiedesi perchè si abbia vera scienza e fa ricadere il suo sistema nel vizio delle dottrine individualistiche riducendosi a dire che la società allora ha il debito di attuare l'ordine morale e però quello di punire la trasgressione del medesimo *quando i suoi interessi il richieggono*. Il che per altro vuolsi considerare come l'effetto di un mancamento nella dottrina fondamentale del Rossi qual è quello di non aver distinto le due facce della legge morale cioè la Moralità ed il Diritto; perchè s'ei fossesi fermato su questa distinzione avrebbe riconosciuto due forme di retribuzione l'una indiritta a restaurare la moralità, l'altra a restaurare il Diritto ed avrebbe colto nella sua intima unità quello che egli trascinato dalla forza del senso comune vedea come necessario dualismo nella forma di un principio assoluto soggetto a limite e di un principio contingente come limitante. Il Diritto cade per appunto nella cerchia delle necessità individuali e sociali dell'uomo e ne' confini della sua attività valutabile esternamente; e però le limitazioni che egli apponeva alla efficacia del principio morale se

gli sarebbero appalesate nella loro vera essenza cioè come conseguenze logiche del principio morale.

§ 61. *Condizioni presenti della scienza penale.*

Dietro l' impulso del Kant e del Rossi la scienza penale può dirsi che abbia cominciato il suo ultimo periodo, cioè quello del compiuto organamento nel seno della scienza umana tutta quanta, sottordinandosi alla *scienza prima* e coordinandosi con le altre discipline che formano il dominio universo del sapere umano. Non è già che possiam dire compiuta la scienza del Diritto penale ai tempi nei quali viviamo; ma vi ha bensì dei sintomi dai quali si appalesa essere l' età nostra l' aurora di un novello periodo della sua vita.

I. Il primo indizio che ci si porga di ciò è la tendenza a radicare nella Metafisica le verità appartenenti al Diritto Penale per ottenere che una delle conclusioni di essa sia punto di movenza per la scienza della penalità. E già in Italia Terenzio Mamiani (92) fin dal 1840 appalesando il difetto ch'è nel Rossi di una dimostrazione scientifica enunciò il bisogno di costruire una scienza del Diritto Penale in cui risplendessero le doti eminenti della evidenza della semplicità della rigorosa deduzione della facile applicazione ai fatti e della sufficienza alle necessità ed ai casi della vita civile e da cui remote stessero le nozioni e i principii accolti in maniera empirica, essendo necessità il muovere dalla contemplazione del bene assoluto cioè dalla scienza dei fini. Vero è che il Mamiani non satisfece questo bisogno da lui enunciato perchè diede per base alla cognizione del bene una *filosofia naturale* assai diversa dalla teoretica (cioè lo stesso senso comune del Rossi), quando non può dirsi dimostrazione se non quella il cui principio supremo sia l'intuizione di tal vero che stringa la mente a riconoscerlo quando bene si affatichi a negarlo e nell'atto medesimo in cui pretende averlo negato. Pur non di manco la scienza deve al Mamiani un progresso sì perchè inizio ad ogni novella conquista è la coscienza stessa del suo bisogno e sì perchè il tentamento di dimostrazione da lui dato fuori ha già mostrato l' intimo legame che dee rannodare la scienza penale alla scienza prima mercè la

contemplazione del Bene assoluto come scopo dell' uomo e dell'umana convivenza. Solo vuolsi notare che il Mamiani nemmeno distinse la retribuzione morale dalla giuridica in guisa che trascinato dal rigorismo logico fè capo all' affermazione che laddove il legislatore potesse addentrarsi negli arcani della coscienza dell'uomo sarebbe giusta la punizione dei fatti interni di lui.

Medesimamente in Germania una schiera di pubblicisti fecesi a restaurare il principio pitagorico della retribuzione. Alcuni seguirono puramente la dottrina del Kant come il Zachariae (92) ed il Richter (94). E la dottrina del Kant risente di quella debolezza che proviene dal subbiettivismo metafisico, non ad altro riducendosi, secondo lui, la legge morale che ad una concezione della nostra ragione senza esservi la certezza intorno l'obbiettività della medesima. Altri cercarono fondare la dottrina della retribuzione sovra una base religiosa, e tra questi voglionsi rammentare i nomi del Link (95) del Göschel (96) dello Stahl (97) del Jarcke (98). Ma colui che si acquistò massima celebrità come filosofo che applicò alle varie discipline seconde la sua dottrina metafisica fu l' Hegel (99). Il quale dopo aver considerato il Diritto come lo spirito universale in quel momento in cui esce dall' individualità psicologica per affacciarsi sul mondo esteriore e porsi come persona circondata di un patrimonio di rincontro ad altre persone, afferma che la pena è la negazione della negazione della giustizia apportata dal delitto in quanto che come prima l'individuo ha leso la persona in sè o nelle sue cose, sorge da ciò la negazione che di rimando su lui cadrebbe e che pure sarebbe una nuova violazione; onde ad evitare un urto e riurto lo Stato interviene con la punizione come alcun che d' impárziale, scevro da interesse. Intanto cosiffatta dottrina hegeliana non può costruire una filosofia del Diritto Penale. Imperocchè primamente essa disconosce il valore assoluto ed obbiettivo della giustizia in sè stessa, non ponendo un Diritto eterno ed ideale come esemplare delle legislazioni positive e fondamento delle medesime, bensì ravvisando la essenza del Diritto nelle sue stesse determinazioni o permutazioni storiche. D'altro canto l'Hegel colloca il Diritto Penale nel primo momento dello spirito operante al di fuori cioè nel momento del Diritto

astratto che abbraccia la proprietà e l'obbligazione, nè riconosce pertanto un fondamento alla penalità per la violazione di quegli instituti che egli colloca nel terzo momento che è l'identità della morale e del Diritto (cioè la famiglia, la società civile e la costituzione dello Stato). Nè per ultimo l'Hegel assegna un fondamento di legittimità della punizione, dovendosi piuttosto riconoscere la sua dottrina della retribuzione come l'enunciazione astratta di un fatto che si ripete presso tutti i popoli indipendentemente dalla legittimità o illegittimità del suo avverarsi. Intanto la dottrina della *retribuzione* può dirsi al dì d'oggi comune dogma dei giureconsulti italiani ed alemanni, ed estende sempre più le sue vittorie a seconda che più cresce l'ardenza degli studi razionali(100).

Egli è il vero che sino ad ora non mancarono degli scrittori i quali credettero potersi porre in una via mezzana di eclettismo tra il sistema della giustizia assoluta e quelli degli altri fini desiderabili ma contingenti e relativi avvisati come fondamento della pena. E tra questi son da mentovare in Germania il Welcker (101) e lo Henrici (102), in Isvezia il Principe Oscar (103), in Francia il Rauter (104) l'Ortolan (105) il Trébutien (106) il Bertauld (107), in Italia il Mancini (108) ed il Rosmini (109). Ma questa specie di contemperamento non può considerarsi altramente che come un effetto delle dottrine empiriche del secolo passato; imperocchè laddove si perviene a riconoscere nella sua assolutezza il principio della giustizia non si può veder limite al medesimo in quei principii che tanto hanno di legittimità per quanto sono in esso fondati. Ancora in questa categoria di dottrine contemperatrici vuol esser posta una rettificazione della dottrina della *prevenzione* tentata dal Bauer (110), cioè quella maniera di vedere che riconoscendo la santità della legge morale e del Diritto pone la legittimità della pena in ciò che serve ad antivenire con l'esempio le future trasgressioni dell'ordine sociale. E contro questa ultima dottrina noi diciamo che essa riconosce il principio e nega le conseguenze. Essa riconosce che nulla è legittimo nella società se non serve alla giustizia stessa. Ora quando non vuolsi affermare che il punire il delitto già avverato è per sè stesso un attuare la giustizia nemmeno potrebbesi dire che è legittimo il punire in quanto

esso antiviene il delitto futuro e possibile. Lasciando stare che contro questa dottrina si riprodurrebbe tutto ciò che è contrapposto alla dottrina della *difesa sociale*, non si può disconoscere che tra il delitto già divenuto reale e il delitto futuro, epperò possibile, v' ha il divario che il reale ha più gravezza dell' altro che è meramente possibile, per quanto il danno è maggior male del pericolo. E questa dottrina pretende riconoscere che sia legittimo il punire per evitare un male ancora incerto perchè meramente possibile, dove che disconosce questa legittimità a nome del male che, essendo di già avverato, è una maggior violazione della legge morale e del Diritto. Di maniera che bisogna riconoscere che queste dottrine contemperatrici punto non rappresentano il vero progredire della scienza al suo organamento compiuto, e che questo non altrimente si può compiere che riconoscendosi la inviolabilità del Diritto come di una forma essenziale della legge morale nelle sue attenenze con la vita e con la destinazione umana, riconoscendosi che questa inviolabilità non può altrimente appalesarsi nel mondo della coesistenza umana, quando l' individualità è surta contro di essa, che con la punizione di questa.

II. Un altro sintomo degno di nota si è il venirsi formando una ampia materia alle cognizioni storiche del Diritto Penale non che a quella parte della Storia della penalità che concernendo il suo stato attuale piglia nome di *Legislazione comparata*. Così per rispetto alla Storia del Diritto Penale anteriore al mondo romano, cioè per l' Oriente e per la Grecia vari scrittori sonosi affaticati a ricercare le antichità remotissime delle instituzioni penali; e tra questi son da mentovare il Michaelis (111) ed il Saalschutz (112) per il Diritto degli Ebrei, lo Stenzler (113) per il Diritto penale indiano, il Platner (114) e l' Hermann (115) per il Diritto penale dei Greci, ed il Warnkönig nella sua *Enciclopedia Giuridica* per la penalità di altri popoli dell'Oriente (116). Il Diritto Penale Romano oltre agli antichi lavori degli interpetri ha soggiaciuto a quella rigenerazione iniziata dal libro delle *Origini* del Gravina e compiuta dalle generose fatiche della Scuola Storica di Germania; onde il Jarcke (117) il Van Walrè (118) il Dieck (119) il Besserer (120) il De Bosch Kemper (121) il Platner (122) il Lebastard

Delisle (123) il Féréol Rivière (124) il Laboulaye (125) e soprattutto il Rein (126) ed il Geib (127) hanno ricostruita la cognizione del Diritto Penale Romano emancipandola dalle angustie degli studi sul periodo giustinianeo e porgendo in tutto il loro movimento progressivo le instituzioni penali di Roma. Parimente al Diritto Penale germanico come ad altra fonte dell' odierna penalità furono consecrati dei pregevoli lavori dal Tittmann (128) dal Rogge (129) dal Frey (130) e soprattutto dal Wilda (131). E quanto al Diritto Penale Ecclesiastico voglionsi enunciare i nomi del Bienier (132) e del D' Epinay (133). Intorno alla penalità dell' età moderna per il moltiplicarsi delle legislazioni con la coesistenza di vari popoli sono sorti lavori storici consecrati specialmente alle singole legislazioni; e qui sono da ricordare a cagion d'onore i nomi del Rosshirt (134) e dello Ulloa (135). Finalmente la Legislazione penale comparata deve i suoi progressi al Foucher in Francia ed al Mittermaier in Germania dei quali il primo ha tradotto parecchi codici europei ed americani in francese (136) e l' altro nei suoi studi indefessi intese ed intende a render noto il progressivo movimento delle legislazioni penali nei vari Stati di Europa e di America non solo con pregevoli opere (137) ma altresì con la pubblicazione periodica (138). E mercè gli studi della Legislazione penale comparata sono altresì venuti parecchi ingegni a fecondare il dominio della Politica Criminale; e tra questi voglionsi annoverare il Berenger (139) il Dupin (140) il De Molènes (141) l'Haus (142). Intanto egli è per anco un desiderato della scienza l' apparizione di una storia compiuta del Diritto Penale di cui un primo tentamento incompiuto ed imperfetto fece Alberto Du Bois con la sua Storia del Diritto Criminale (143)

III. Un altro fenomeno di non lieve importanza si è lo ampliarsi di lavori intorno alla maniera di compiere la giustizia punitrice in guisa da formarsi una scienza addizionale a quella della penalità cioè la *Scienza delle Prigioni*. Imperocchè in Francia in Germania ed in Italia parecchi eletti ingegni han dato opera efficacemente al promovimento di una siffatta disciplina da cui non pochi progressi deve impromettersi così la penalità nei suoi instituti come la scienza penale istessa (144). E daccanto a questa scienza addizionale

ampio svolgimento ha ricevuto la Medicina legale dal progresso delle scienze naturali e pure la Psicologia forense ha svolto importanti teoriche dovute al progresso delle ricerche frenologiche (145). Il che contribuisce sempre più a porre la Scienza Penale in legame con le altre parti dell' umano sapere.

IV. E finalmente un ultimo fatto vuol essere additato come segno di apparecchio a grandi progressi negli studi del Diritto penale e questo è il venirsi sempre più stringendo in amichevole connubio la scienza e l' arte del Diritto col progredire della tendenza scientifica negli studi esegetici del Diritto Penale. Così vogliono essere ricordati nella Storia della Scienza penale come profondi giureconsulti in Germania l' Henke (146) il Wächter (147) l' Heffter (148) il Rosshirt(149) l'Abegg (150) il Köstlin (151) i quali tutti applicarono alla esposizione sistematica del Diritto Penale positivo la dottrina della giustizia espiatrice; in Francia gli scrittori della Teorica del Codice Penale l' uno dei quali cioè lo Hélie ha preso a pubblicare altresì un lavoro di gran momento sul *Codice d' Istruzione Criminale* (152) ed in Italia il Giuliani (153) il Poggi (154) il Mori (155) il Ferrero (156) e soprattutto Niccola Nicolini (157) che con le *Quistioni di Diritto* e col *Trattato del Procedimento penale delle Due Sicilie* raggiunse uno dei più alti gradi cui possa elevarsi l' esegesi del Diritto positivo e diede efficace impulso ad altri scrittori per trattare il Diritto patrio col duplice lume della filosofia e della storia (158).

Da tutti questi fatti chiaro si può scorgere che l' età nostra è indefesso apparecchio all'organamento compiuto della scienza penale nella vita organica del sapere umano tutto quanto. Ed una tal destinazione della medesima impone a'suoi presenti cultori il debito di affaticarsi a svolgere sempre più le tendenze della età nostra; chè il coronare poi gli sforzi delle generazioni passate e quelli delle presenti sarà dato certamente a coloro *che questo tempo chiameranno antico.*

NOTE

—

(1) Il Pitagorismo pose i primi germi della scienza penale (*Aristotelis*, Ethic. Nicom. V. 5 — *Diog. Laert.* Vit. philos. VIII, 33).

(2) PLATONE (nacque in Atene il 429 av. G. C. e morì nel 348). *Platonis Gorgias* ex recens. Ludov. Heindorf. Lips. 1839 in 8° — *Leges et Epinomis* Lipsiae 1815 vol. 2 in 8°, ediz. curata da Federico Astio — *Politia* sive De Re publica libri X recens. atque explan. Fr. Ast. Lipsiae 1814 in 8° — *Koeppen*, Dottrina del Diritto secondo i principii di Platone (ted.) Lipsiae 1819 in 8°.

(3) ARISTOTELE (nacque a Stagira l'anno 384 av. G. C. e morì nel 322); *Ethicorum ad Nicomachum* Libri octo — ed. graec. et lat. cum notis Carol. Wilkinson. Oxon. 1716 — Ediz. greca e lat. di Zell, Heidelb. 1821 — *Politicorum* libri octo, Schneideri cura Francof. 1809, 2 vol. in 8°.

(4) Queste dottrine stoiche trovansi esposte presso Diogene Laerzio (Vit. philos. VII, 128), Stobeo (Ecl. Eth. II, p. 184) Plutarco (De Stoic. repugn. IX, 4) e Cicerone (De Nat. Deor. I, 14, 15 — De Legibus II, 4, 8.)

(5) MARCO TULLIO CICERONE (n. ad Arpino, 106 av. G. C. m. 43). *Orationes* omnes ex recensione Ernesti tom. III, Halae, 1815, in 8° — *De Republica* Libri VI. Romae 1822 in 4° — *De Legibus* libri III recensuit varietate lectionis et adnotatione instruxit *Io. Bakius* in 8° Lugd. Bat. 1842.

(6) VOLUSIO MECIANO fiorì sotto Antonino Pio e fu precettore di M. Aurelio — *De publicis judiciis*.

(7) CLAUDIO SATURNINO fu pretore sotto M. Aurelio e Vero — *De poenis paganorum*.

(8) VENULEIO SATURNINO fiorì sotto Caracalla — *De publicis judiciis*.

(9) ELIO MARCIANO fiorì sotto Alessandro Severo — *De publicis judiciis*.

(10) EMILIO MACRO fiorì sotto Alessandro Severo — *Publicorum libri duo*.

(11) IRNERIO (n. a Bologna verso la metà del secolo XI, m. nel 1138).

(12) ACCURSIO (n. a Firenze verso il 1182, m. il 1260) riepilogò nella sua *Glossa* quanto era di meglio ne' suoi predecessori e vi aggiunse del proprio.

(13) BARTOLO (n. nel 1313 a Sassoferrato nel Ducato di Urbino, m. nel 1357). Fra le opere di lui che rimangono quelle intorno al Diritto Penale sono: I. *Glossa in Extravagantes ad reprimendum* — II. *Qui sunt rebelles* — III. *De Carceribus* — IV. *De percussionibus* — V. *De quaestionibus* — VI. *De cicatricibus* — *Bartoli* Opera omnia cum addit. Venet. 1499, 4 vol. in fol.

(14) BALDO DEGLI UBALDI (n. a Perugia il 1319 m. il 1389). *Opera omnia super varias partes juris romani*. 1595, 4 vol. in fol.

(15) ANDREA ALCIATO (n. in Alzate nel Milanese il 1492, m. il 1550). — *Opera omnia*, Lugd. 1561 — Basileae 1582, 5 vol. in fol. — Francf. 1617, 4 vol. in fol.

(16) JACOPO CUIACIO (n. a Tolosa il 1522 m. il 1590) — *Opera omnia* Neap. 1722-1727, 11 vol. in fol.

(17) GIANVINCENZO GRAVINA (n. in Calabria il 1664, m. il 1718). *Origines juris civilis.* — Ven. 1767, in 4°.

(18) GIAMBATTISTA VICO (n. a Napoli il 1668, m. il 1744). *De uno universi juris principio et fine uno.* Neap. 1721 — *De constantia jurisprudentis.* Neap. 1721.

(19) Qui son degni di menzione altri molti come PAOLO de CASTRO (n. a Castro, m. il 1441), UGONE DONELLO (n. a Châlons il 1527, m. il 1591), JACOPO MENOCHIO (n. a Pavia il 1532, m. il 1607), GIUSEPPE MASCARDO (n. a Sarrazana verso la fine del sec. XVI), ARNOLDO VINNIO (n. presso La Haye il 1588, m. il 1657), GIOVANNI VOET (n. ad Utrecht il 1647, m. il 1714), CORNELIO BINKERSOEKIO (n. a Middelbourg il 1673, m. il 1743) e i due DIONISIO GOTOFREDO (n. a Parigi il 1549 m. il 1622) e JACOPO GOTOFREDO (n. a Ginevra il 1587, m. il 1652). I quali se non furono specialmente penalisti pure ragionarono delle cose penali in quanto che si occuparono ad esporre ed interpetrare il Diritto romano.

(20) ALBERTO GANDINO (nato a Cremona verso la metà del secolo XIII e morto nel 1300), secondo quel che dicesi da parecchi, non fu il primo a scrivere un libro speciale sulle cose penali perchè sarebbe stato preceduto da ROLANDINO ROMANCIO (m. il 1284), ma il libro del Romancio non esiste, cosicchè primo monumento letterario di scienza penale rimane il suo *Libellus de maleficiis.* Venet. 1559-1598 in fol.

(21) BONIFACIO VITALINI (n. a Mantova, m. il 1390): *Tractatus super maleficiis cum additionibus antea positis nec non cum apostillis* II. Cuchalon *et cum tabula rubricarum in fine operis posita.* Questo libro fu pubblicato in una Collezione di Trattati Criminali stampata a Lione il 1551, gr. in fol.

(22) JACOPO da BELVISIO (n. a Bologna il 1270, m. il 1335). *Practica judiciaria in materiis criminalibus cum adnot.* H. Pugeti per C. H. Dissutum elimata. Lugd. Batavorum 1515 in 8.° Colon. 1580-1605.

(23) JACOPO DE ARENA (scrittore contemporaneo del Gandino). I suoi due scritti pratici: *De quæstionibus* e *De bannitis* son pubblicati nella Raccolta del *Modio (Rerum Criminalium Tractatus* Francof. 1587, fol.)

(24) IPPOLITO DE MARSILII (n. a Bologna il 1450, m. il 1529). *Practica causarum criminalium.* Lugd. 1529 — Colon. 1581, fol.

(25) ANGELO ARETINO (n. in Arezzo m. dopo il 1451) fu giudice e professore di Diritto. Fra le sue opere è commendata quella cui è titolo *Libellus de maleficiis*, stampata nel 1472 e poi ad una col trattato del Vitalini e con quello del Gandino pubblicata in un vol. in fol. Lione 1551.

(26) GIULIO CLARO (n. ad Alessandria il 1525, m. il 1575) nel suo *Liber V sententiarum* riepilogò quanto gl'interpetri e gli scrittori anteriori di cose criminali aveano insegnato e discusso; ma non fu un mero raccoglitore chè anzi disaminò le discordanti sentenze e molte nuove opinioni introdusse. La prima edizione delle sue opere apparve il 1560; l'ultima è quella di Ginevra del 1739, 2 vol. in fol. con le note di parecchi giureconsulti.

(27) EGIDIO BOSSIO (n. a Milano, morto il 1546). *Tractatus varii seu quaestiones criminalem materiam sive actionem fere omnem continentes.* Basil. 1578.

(28) TIBERIO DECIANO (n. in Udine m. nel 1582). *Tractatus Criminales*. Venet. 1551, 1591, 1613, in fol.

(29) JOSSE DAMHOUDERIO (n. a Bourges il 1507, m. il 1581) rappresentò fra i Belgi la scienza del Diritto antico— *Praxis rerum criminalium*, Antuerpiæ 1554 in 4.° — 2.° edizione ampliata (Antuerpiæ 1570 in 4°). Traduzione francese dello stesso autore (Bruxelles 1571, in fol.) Altre traduzioni ne apparvero in fiammingo in olandese ed in alemanno.

(30) ANDREA TIRAQUELLO (n. a Fontenay le Comte il 1480, m. il 1558). *Opera omnia* Francof. 1547 in fol. Il volume VII di questa raccolta è consecrato alle cose penali ed ha per titolo: *De pœnis legum ac consuetudinem statutorumque temperandis aut etiam remittendis et id quibus ex causis.*

(31) PIETRO AYRAULT (n. ad Angers nel 1536, m. nel 1601) propugnò l'osservanza delle forme che egli riconoscea come indispensabili alla buona amministrazione della medesima e sopratutto raccomandò la pubblicità e la solennità delle discussioni giudiciali e la libera difesa degli accusati. *L' ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usées accusations pubbliques conférés au style et usage de la France divisè en quatre livres.* Angers, 1591, in 4.°—Paris 1598, in 4.°—Lyon, 1642 in 4.°

(32) BENEDETTO CARPZOVIO (n. a Brandeburgo nel 1565 e m. nel 1624). La sua *Practica nova saxonica rerum criminalium.* (Vitemb. 1638) tutto che manchi di cognizioni filosofiche e storiche è monumento storico della scienza perchè è la prima opera speciale di materia penale pubblicata in Germania. Una ristampa di essa del 1758, 3 vol. in fol. è accompagnata dalle Osservazioni di Federico Boemero.

(33) PROSPERO FARINACIO (n. a Roma il 1554 e m. nel 1613). *Opera omnia criminalia*, Francof. 1597, 9 vol. in fol.

(34) SIGISMONDO SCACCIA (giureconsulto italiano del secolo XVII). *De judiciis causarum civilium, criminalium, hæreticalium.* Francf. 1618, 2 vol.

(35) SEBASTIANO GUAZZINI (giureconsulto italiano del secolo XVII) tenuto dal Kleinschrod per uno dei migliori criminalisti del suo tempo scrisse due trattati sulla difesa dei rei ed uno sulla confiscazione, che costituiscono le sue *Opera Criminalia*. Antuerp. 1675, 3 vol. in fol.

(36) MARCELLO MARCIANO (nato in Napoli al cominciamento del secolo XVII) scrisse fra molte opere giuridiche due libri di ragion penale l' uno col titolo *de incendiariis*, l'altro *de indiciis delictorum*, entrambi pieni di acutezza nell'interpetrar le leggi e nel raffrontare le opinioni dei giureconsulti (Neap. 1676).

(37) FRANCESCO GIUSEPPE DE ANGELIS (n. in Abbruzzo citeriore il 1640). *Tractatus Criminalis*, Venet. 1717 in fol.

(38) FRANCESCO MARADEI (giureconsulto napoletano tra il secolo XVII e il XVIII). *Tractatus Analyticus Criminalis*, Neap. 1712, *Tractatus de judiciis*, Neap. 1750.

(39) TOMMASO SAVERIO CARAVITA (n. in Napoli il 1670, m. il 1744). *Institutiones juris criminalis libri IV.* Neap. 1740, vol. 2 in 4.°

(40) NICCOLÒ ALFANO (n. in Napoli il 1703, m. il 1785). *De jure criminali libri tres*, Neap. 1732, 3 vol. in 4.°

(41) ANTON MATTEI (n. ad Utrecht il 1635, m. il 1710) fu, al dir del Renazzi, il primo che con mani pure trattò la Giureprudenza penale corrotta dal volgo degli scrittori nel suo Commentario de' libri XLVII e XLVIII del Digesto: *De Criminibus* Traj. 1664, in 4.°—ristampato in Napoli con note di Leggio, 1772, 2 vol. in 4.°—ed a Ticino con note del Nani, 1803, 2 vol. in 4.°

(42) DANIELE JOUSSE (n. ad Orleans il 1704, m. il 1781). *Traité de la justice criminelle de France*. Paris, 1771, 4 vol. in 4.°

(43) ROUSSEAUD DE LA COMBE (giureconsulto francese del secolo XVIII). *Traité sur les matières criminelles*, Paris 1741, 1744, 1747, 1769, in 4.°

(44) GIOVANNI SAMUELLO FEDERICO BOEMERO (n. ad Halle il 1704, m. il 1772). *Observationes ad Practicam criminalem Carpzovii*, Francof. 1759 v. 3, in fol. — *Meditationes in constitut. criminal. Carolinam*, Halæ 1770, 4.° *Elementa jurisprudentiæ criminalis*, Halæ Magd. 1753 in 8.°

(45) MILLEO, *Praxis criminis persequendi*, Paris, 1541, in 8.° — CARRERIO, *Praxis causarum criminalium* Lugd. 1562, in 4.° — DE BATTANDIER *Praxis causarum criminalium*. Lugd. 1567, in 8.° — DE ROSA, *Praxis criminalis* Neap. 1680; *Resolutiones criminales*, Neap. 1714, in fol.—BRIGANTI *Pratica criminale*, Napoli 1747; 1842. — BROYA et SORGE, *Praxis criminalis*. Neap. 1714, 2 vol. in fol.—GOFFREDO DA BAVO, *Theorica criminalis ad praxin forensem accomodata*. Camb. 1608 — GARTNER, *Institutiones juris criminalis*. Lips. 1729, in 8.° 1764 in 8.°—KEMMERICH, *Synopsis juris criminalis*, Jen. 1733, Francof. 1777, in 8.° — ENGAU, *Elementa juris criminalis germanico-carolini*. Jenæ, 1738; 1767; 1768, in 8.° — KOCH, *Institutiones juris criminalis*. Jen. 1758, 1791.

(46) CESARE BECCARIA (n. a Milano il 1738, m. il 1794) pubblicò la sua opera senza nome di autore nè di stampatore a Monaco (1764 in 8.°) la quale ebbe un accoglimento straordinario essendo avidamente letta e studiata da tutti gli animi generosi e da tutte le menti elevate. Molte edizioni se ne fecero in breve tempo e molte traduzioni in varie lingue. Apparve a Losanna nel 1765, a Parigi con data di Harlem, 1766, 1780, a Napoli 1770, a Venezia nel 1781, ed in molti altri luoghi posteriormente—L'Abate *Morellet* fu il primo a tradurla in francese, Philadelphia (Paris) 1766, e poscia la tradussero *Chaillon de Lisy* (Paris 1773 in 12) e *Dufey* (Paris 1821). In Germania fu tradotta dal *Butschek* (Prag. 1765, in 8.°) dal *Wittemberg* (Hamb. 1766, in 8.°) dall' *Hommel* (Breslau 1778), dal *Bergk* che vi aggiunse eccellenti avvertenze (Lips. 1798, 2 vol. in 8.°) ed infine dal *Garcis* (Lips. 1841). In Inghilterra ne apparve pure una traduzione (Lond. 1801, in 8.°) In Ispagna una traduzione fattane del *Campomanes* venne proibita dall' Inquisizione. Nè mancarono di coloro che comentarono il libro del Beccaria come a dire in Francia il *Voltaire* (*Commentaire sur le livre des délits et des peines*, 1766, in 8.°) il *Diderot*, il *Morellet*, il *Servan*, il *Brissot de Warville*; ed in Germania *F. S. F. Schall* diè fuori un comento che a giudizio del Klein è il migliore che siasi fatto sul libro del Beccaria (Lipsia, 1778, in 8.°)

(47) FACCHINEI. *Esame critico del libro del Beccaria*, nell' Ediz. del Beccaria fatta da Paolini (Firenze 1821).

(48) PESCATORE. *Saggi intorno diverse opinioni di alcuni moderni politici sui delitti e sulle pene.* Torino, 1780, in 12.

(49) LUIGI CREMANI (n. in Arezzo il 1748 m. il 1838). *De varia jurisprudentia criminali apud diversas gentes eiusque causis).* Ticini 1776, 4°—*De jure criminali,* Ticini 1791. Ultima ediz. Florentiæ 1848, 1 volume grande in 8.°

(50) ALBERTO DE SIMONI. *Del furto e sua pena:* 1776 — *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati,* Como 1785. L' ultima edizione dell' una e dell'altra di queste opere fu fatta a Milano il 1853.

(51) MUYART DE VOUGLANS (n. in Francia il 1713, m. il 1791). *Refutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines.* Paris 1785 in 12 — *Instruction criminelle.* Paris 1762 in 4.° *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel,* Paris 1780 in fol.

(52) GIUSEPPE SERVAN (n. a Dromè il 1737, m. il 1807). *Discours sur l'administration de la justice criminelle.* Génève 1767 in 8.° — *Discours sur les moeurs* Grenoble 1763 — *Reflexions sur quelques points de nos lois*; Génève 1781.

(53) C. DUPATY (n. alla Rochelle il 1744, m. il 1788) scrisse un'eloquentissima difesa di tre innocenti condannati alla ruota che egli ebbe la ventura di salvare (V. *Berryer. Leçons et modèles* d' eloquence judic. p. 231).

(54) BRISSOT DE WARVILLE (n. il 1754, decapitato il 1793) fu uno dei più ardenti promotori delle riforme penali. Oltre ad una raccolta di scritti antichi e moderni indiritti al miglioramento delle instituzioni penali (*Bibliothèque du philosophe du politique et du jurisconsulte* Berlin 1782 a 1785, 10 vol. in 8°), egli pubblicò una Memoria coronata dall' Accademia di Châlons sui mezzi di addolcire il rigore della penalità, col titolo *Principes des lois criminelles,* Paris, 1788 in 8.° Egli pubblicò pure un opuscolo: *Le sang innocent versé* (Bibl. phil. t. VI). Ma la migliore delle sue opere è la *Theorie des lois criminelles* (Neuchatel 1781, 2 vol. in 8°).

(56) SCIPIONE BEXON (n. in Francia il 1783, m. il 1825) fu premiato dall' Accademia di Berlino per il suo libro *Développement de la théorie des lois criminelles* (Paris, 1802, 2 volumi in 8°).

(56) CARLO EMM. CL. PASTORET (n. a Marsiglia il 1756, m. il 1840) oltre alla *Storia della Legislazione* ch'egli lasciò incompiuta, scrisse un libro: *Des lois pénales,* Paris, 1790 2 vol. in 8°—lavoro tradotto in tedesco da *C. Erhard* (Lips. 1794, 1796, 2 vol. in 8.°)

(57) LACRETELLE, *Vues sur la justice criminelle,* Paris, 1791—*Discours sur le préjugé des peines infamantes,* Paris 1784—VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité* 1778, in 8° — VERMEIL. *Essai sur les réformes à faire dans la législation criminelle,* Paris 1781; *Théorie de la répression des délits,* Paris 1803—BERNARDI, *Discours sur la justice criminelle,* Paris, 1780 (Memoria coronata dall'Accademia di Chalons).

(58) GUGLIELMO EDEN. *Principii del Diritto Penale* (ingl.) Londra 1775.

(59) GUGLIELMO BLACKSTONE (n. a Londra il 1723, m. il 1780) fu il primo che dettò lezioni pubbliche sul Diritto inglese fin dal 1753. Egli scrisse i suoi *Commentarii sulle leggi d' Inghilterra* (ingl.) pubblicati nel 1765 ove

cercò di ordinare la materia confusa delle varie leggi. Il Volume quarto di questi Comentarii è consecrato al Diritto penale. L' Ab. *Coxer* in Francia ne diede una traduzione per via di estratti (Paris, 1776, 2 vol. in 8°). Ed anco in Italia a Milano ne è venuta fuori una traduzione (1822, 2 vol. in 8°).

(60) GIOVANNI HOWARD (n. ad Hackney nel 1726 e m. il 1790). *The state of the prisons* (lo stato dello prigioni), Warrington 1777 in 8°. Ne fu fatta traduzione francese (Paris, 1778, 2 vol. in 8°).

(61) DELAMY, *Saggio su' delitti e sulle pene* (ingl.) Lond. 1767 — DAWES, *Saggio su' delitti e sulle pene* (ingl.) Lond. 1781, in 8° — HOLWEL, *Nuovo esperimento per la prevenzione dei malefizii* (ingl.) Lond. 1786, in 8°.

(62) GIUSEPPE DE SONNENFELS scrittore contemporaneo al Beccaria pubblicò i *Principii sulla Politica sul Commercio e sulle Finanze* (ted.). Vienna 1763, 3 vol. in 8°; e il primo volume è consecrato quasi esclusivamente alla legislazion penale e ne esiste una traduzione italiana (Milano 1832 in 12). Oltre a ciò egli scrisse una dissertazione *sull'abolizione della tortura*.

(63) C.-F. HOMMEL (Lipsia n. il 1722, m. il 1781) fu autore di una Dissertazione (*Principis cura leges*, Lips. 1763) che il Böhmer giudica notabilissima, sulla necessità di migliorare le leggi penali.

(64) E. VON GLOBIG e J. G. HUSTER furono autori di una Memoria coronata dalla Società economica di Berna sulla riforma delle leggi criminali (ted.) Zurigo 1841.

(65) E. F. KLEIN (n. a Breslavia il 1743, m. il 1810) scrisse i *Principii del Diritto Penale germanico* (ted.) Halle 1795 in 8°.

(66) G. A. KLEINSCHROD (n. a Wurzburg il 1762 m. il 1824) diede fuori un opera cui è titolo *Svolgimento sistematico delle nozioni e verità fondamentali del Diritto Penale* (ted.) Erlangen, 1794; 1796.

(67) ERNESTO CARLO WIELAND, *Spirito delle Leggi penali* (ted.) 2 parti, Lips. 1783, 1784 — OTTO GRABE, *Sulla riforma delle leggi penali* (ted.) Münster, 1784 — CHR. G. GMELIN, *Principii della legislazione su' delitti e sulle pene* (ted.) Tubing, 1785, 8° — BURKARDT, *Metafisica della legislazione criminale* (ted.) Erlangen, 1807.

(68) PAOLO RISI milanese emulando il Beccaria propugnò il principio della dolcezza delle pene. *Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam pertinentes*. Mediol. 1766, 8° — Volta in tedesco a Mintau (1771, in 8°) ed in francese (Genève 1768 in 8°).

(69) GAETANO FILANGIERI (n. a Napoli nel 1751 e morto il 1788) scrisse la *Scienza della Legislazione*, opera che sebbene rimasta incompiuta per la sua morte prematura gli fruttò una rinomanza europea. Nel terzo libro di essa il Filangieri ragiona della penalità. La *Scienza della Legislazione* ebbe moltissime edizioni, e la prima di queste fu del 1780 al 1788 in 7 vol. in 8°. Una traduzione francese ne fu fatta dal Gallois (1789-1791, 7 vol. in 8°). Ed un Comento alla medesima fu scritto da *Beniamino Constant* ed aggiunto all' Edizione di Parigi (1821, 6 vol. in 8°).

(70) FRANCESCO MARIO PAGANO (n. a Brienza il 1748 m. il 1800). *Principii del Codice Penale — Considerazioni sul Processo criminale — Logica*

dei Probabili. Questi scritti con le altre opere di lui furono stampati in Napoli in vario tempo e formano il terzo volume delle *Opere* sue pubblicate a Lugano (1837).

(71) FILIPPO RENAZZI (n. a Roma il 1747, m. il 1808) espose in un Trattato metodico la scienza Penale : *Elementa jurisprudentiae criminalis*, Romae 1774-1786, tomi IV — Venet. 1776.: *Synopsis Elementorum juris criminalis*. Edit. III, Rom. 1835; trad. italiana di L. Zupetti. Napoli 1837. 2. vol. in 8°— *De ordine seu forma judiciorum criminalium*, Romae 1777.

(72) CESARE MALANIMA. *Comentario sui delitti e sulle pene secondo il gius divino*, Livorno 1786. — SAVERIO MATTEI : *Che la dolcezza delle pene sia giovevole al fisco più che l' asprezza*, Napoli 1787, in 8° (con l' aggiunta della *Riforma penale leopoldina)* — NATALE : *Riflessioni politiche intorno l' efficacia e necessità delle pene*, Palermo 1772.

(73) GIANDOMENICO ROMAGNOSI (n. il 1761 a Salso Maggiore, m. il 1835) pubblicò a Pavia nel 1791 la sua *Genesi del Diritto Penale*. La quale fu ristampata dall'autore nel 1807, ed accresciuta posteriormente di altre due parti nella terza edizione (Milano 1823-1824). La *Genesi* con altri opuscoli e coi *Progetti* del *Codice penale* e del *Codice di Procedura penale* fu pubblicata nelle *Opere tutte di G. D. Romagnosi per cura di A. de Giorgi*. Milano 1841, in 8°.

(74) ANSELMO FEUERBACH (n. a Francf., sul Meno nel 1775, m. il 1833) pubblicò nel 1801 il suo *Manuale di Diritto Penale germanico* (ted.), ove riepilogò tutte le sue dottrine. Dal 1801 al 1836, dodici edizioni ebbero luogo di questo libro che in Germania sopperì alla mancanza dei Codici. E l'ultima è del 1836 per cura del Mittermaier che vi ha apposto delle note ed aggiunzioni per metterlo a paro dei progressi della scienza.

(75) CARLO AUGUSTO TITTMANN, diè fuori un *Manuale del Diritto Penale germanico* (ted. Halle 1806) — Una seconda edizione di esso venne fuori col titolo di *Manuale della Scienza del Diritto Penale* (ted. Halle 1822—24). A ciò si aggiugne una *Storia delle Leggi penali germaniche* (ted. Lipsia 1832, in 8°) ed altri opuscoli di ragion penale.

(76) CRISTOFARO MARTIN : *Trattato del Diritto Penale germanico* ted. Heidelb. 1820 in 8° — *Trattato del Processo Criminale alemanno* ted. Heidelb. 1836, 8°.

(77) CARLO GROLMAN : *Principii della Scienza penale*, ted. Giessen 1825 Ed. IV.

(78) G. E. SCHULZE: *Guida allo svolgimento dei principii filosofici del Diritto civile e del Diritto penale*, ted. Gott. 1813, 8°.

(79) J. G. A. WIRTH: *Trattato della Scienza del Diritto Penale*, ted. Bresl. 1823, in 8°.

(80) PASQUALE LIBERATORE (n. il 1763 a Lanciano, m. il 1842) diè fuori nel 1814 un *Saggio sulla Giurisprudenza penale del Regno di Napoli*, libro pieno di sagacissime riflessioni di politica criminale, con una critica dell'antico Diritto del Regno e delle legislazioni penali del 1808 e del 1812.

(81) P. FODERA : *Principii della Legislazione criminale*, Palermo, 1819, 2 vol. in 8°.

(82) **TOMMASO NANI** valtellinese, oltre alle sue Avvertenze sul libro del Mattei *De Criminibus*, scrisse i *Principii della Giurisprudenza Criminale* (Milano 1822, in 8°) ed un Trattato *de indiciis judiciorum* (Ticini 1840).

(83) **GIOVANNI CARMIGNANI** (n. a Pisa il 1768, m. il 1847) nel 1795 diè fuori un *Saggio sulla Giurisprudenza Criminale*; nel 1808 gli *Elementa Juris Criminalis* che ebbero varie edizioni; e furon poi tradotti in italiano dal Prof. Caruana Dingli (Malta 1847 2 vol. in 12°). Un'opera di lui più ampia ha per titolo: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* (Pisa 1831, vol. 4 in 8°.) Ed infine egli scrisse una *Lezione Accademica sulla pena di morte* (Pisa 1836, in 8°).

(84) **GUGLIELMO ROSCOE** (n. a Liverpool il 1792, m. il 1831). Le *Osservazioni sulla Giurisprudenza penale* (Lond. in 8°, ingl.) furon recate in italiano (Napoli, 1825 in 8°).

(85) **EDUARDO LIVINGSTON** (n. a New-York il 1764, m. al 1836) compilò il Codice Penale della Luigiana su' due fondamenti della abolizione della pena di morte, e del sistema penitenziale. La Relazione *(Introductory Report)* da lui preposta a questo Codice fu tradotta in francese dal Taillandier con l'aggiunta di note e di una Introduzione (Parigi, 1823, in 8°).

(86) **GIOV. ERRICO ABICHT**: *La dottrina del premio e della pena* ted. Erlangen, 1796, vol. 2 in 8°.

(87) **CR. P. SPANGENBERG** riprodusse le dottrine del Roscoe con una libera traduzione del costui libro (v. n. 84) la quale ha per titolo: *Del miglioramento morale e civile dei rei mediante il sistema penitenziale come unico scopo legittimo di qualsiasi pena* (ted. Landshut, 1821, in 8°).

(88) **C. A. ROEDER**: *Commentatio de quaestione an poena malum esse debeat*. Gisae 1839, 8° — *Dimostrazione giuridica della pena miglioratrice*, ted. Heidelb., 1846, in 8°.

(89) **CARLO LUCAS** primo a sostenere in Francia la riforma penitenziale vi consacrò parecchie opere. *Du système pénal et du système répressif en général et de la peine de mort en particulier*, Paris 1827 — trad. in tedesco da *C. Sammhaber* (Darmstad, 1830) — *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-unis*, Paris, 1820-1830, 2 vol. in 8° — *Théorie de l'emprisonnement*, Paris, 1830, 3 vol. in 8° — *Exposé de l'état de la question pénitentiaire en Europe et aux États-unis*, Paris, 1844, 1 vol. in 8°.

(90) **GEREMIA BENTHAM** (n. a Londra il 1748, m. il 1832) scrisse parecchie opere poste in ordine annotate e tradotte da Stefano Dumont. Fra queste son relative alla penalità la *Théorie des peines et des récompenses*, Paris 3ª ed. 1827, 2 vol. in 8° — *Traités de legislation civile et pénale*, Paris 1803, 3ª edit. 1831 3 vol. in 8° — *Traité des preuves judiciaires*, 2 vol. in 8°. A questi scritti vuolsi aggiugnere il *Panopticon* pubblicato nel 1791 per l'introducimento della riforma penitenziale in Inghilterra — Il Prof. *Hepp* di Tubinga espose metodicamente le dottrine del Bentham nel libro: *Principii di Politica criminale di G. Bentham esposti e collegati a sistema* (ted. Tubing. 1839, in 8°).

(91) **EMMANUELE KANT** (n. a Könisberg il 1724 m. il 1804) nei *Principii metafisici del Diritto* (ted. ediz. 2ª Königsb. 1798) tradotti in francese dal *Tissot* (Paris, 1842) delineò la dottrina del fondamento della pena.

(92) PELLEGRINO ROSSI (n. a Carrara il 1787, m. il 1848) scrisse nel 1828 il suo famoso *Traité de Droit pénal* di cui vennero a luce posteriormente parecchie edizioni. Esso fu tradotto in Napoli nel 1834 da Antonio Fazzini; e nel 1853 ne pubblicammo noi una nuova versione italiana con note ed addizioni (V. pag. 19 nota). Altra traduz. italiana, Milano 1853.

(92) TERENZIO MAMIANI DELLA ROVERE nel 1840 espose in due Lettere a P. S. Mancini la dottrina della *espiazione* sul fondamento della nozione metafisica del *Bene assoluto* — P. S. Mancini rispose a queste due Lettere con altre due Lettere in cui volle *conciliare il principio della giustizia con quello dell' utilità* considerando la loro fusione come il fondamento della penalità. — Il Mamiani aggiunse altre *cinque Lettere* ove meglio rafforzò la dottrina da lui esposta. Di queste Lettere tutte si ha una edizione napoletana. *Intorno alle origini del Diritto di punire, Lettere del Conte Terenzio Mamiani e dell' Avv. Pasquale Stanislao Mancini*. Napoli Ed. II, Parte Prima 1844 — Parte Seconda 1846.

(93) C. SAL. ZACHARIAE : *Principii del Diritto criminale filosofico*, ted. Lips. 1805, in 8°.

(94) H. RICHTER : *Il Diritto penale filosofico fondato sulla idea della giustizia*, ted. Lips. 1829, in 8°.

(95) A. LINK : *Sul Diritto naturale dell' età nostra come fondamento delle teoriche di Diritto Penale*, ted. München, 1829, in 8°.

(96) G. F. GOSCHEL : *Scritti vari di un giurista* ted. Erfurt P. I, 1832 — Schleusing. P. II, 1835.

(97) G. FED. STAHL delineò una dottrina della giustizia penale nella sua *Filosofia del Diritto* ted. Berlino 1856 3ª Ediz. Vol. II. Lib. I.

(98) C. ERN. JARCKE oltre ad un *Manuale di Diritto Penale* (ted. Berlino, 1827, 3 vol. in 8°) diede fuori opere eruditissime sul Diritto Penale dei Romani. *Commentatio de summis principiis juris romani de delictis eorumque poenis*, Gottingae, 1822, 4° — *Saggio di una Esposizione del Diritto Penale Censorio dei Romani* ted. Bonn, 1824 in 8°.

(99) G. GUGL. FED. HEGEL (nato a Stuttgart il 1770, m. il 1832) delineò la sua dottrina sulla penalità nella *Enciclopedia delle scienze filosofiche* e nella *Filosofia del Diritto* (ted. Berlino, 1820, in 8°).

(100) E. HEPP: *Dissertazione sulle teoriche straniere della giustizia e dell' utilità*, ted. Heidelb. 1834, 8°. *Esposizione critica delle teoriche di Diritto Penale* ted. 1829 — 2ª Ediz. col titolo di *Esposizione e giudizio dei sistemi penali*, ted. ibid. 1843-45, 2 vol. in 8° — VON PREUSCHEN *La teorica della giustizia con l' esposizione delle altre teoriche penali e co' principii fondamentali da essa dedotti* ted. Giessen. 1829, 2 vol. in 8° — F. PALMIERI, *Della Pena di morte* Firenze 1847 — DE GIORGI, *Memoria sulle leggi dell' ordine morale e sul diritto di punire* (come Appendice alle Opere del Romagnosi). *Diritto filosofico*, Milano 1852 1 vol. in 8°.

(101) C. TH. WELCKER propugnò la dottrina della riparazione del danno morale del delitto congiunta ad altri fini relativi nel suo libro cui è titolo : *I fondamenti supremi del Diritto, dello Stato e della pena* (ted. Giessen, 1813, 8°).

(102) G. HENRICI: *Sulla inammessibilità di un principio unico del Diritto Penale*, ted. 3ª ed. miglior. ed accresc., Braunschweig 1844, in 8°.

(103) Il PRINCIPE OSCAR poscia re di Svezia pubblicò nel 1840 un aureo libro *Sulle pene e sulle prigioni* pieno di generose tendenze. Esso fu tradotto in vari idiomi. *Des peines et des prisons par le Prince Oscar trad. par Adrien Picot*, Paris 1842 in 8°.

(104) RAUTER: *Traité théorique et pratique du droit criminel*, Paris 1836, 2 vol. in 8°.

(105) ORTOLAN: *Introduction philosophique à l'etude de la legislation pénale comparée*, Paris, 1839 — *Introduction historique à l'étude de la legislation pénale comparée*, Paris 1840 — *Élemens de Droit pénal*, Paris, 1855, 1 vol. in 8° gr.

(106) TRÉBUTIEN: *Cours élémentaire de Droit Criminel*. Paris, 1854, 2 vol. in 8°.

(107) BERTAULD: *Cours de Code Pénal*, Paris, 1854, in 8° — *Leçons de législation criminelle*, Paris, 1854 in 8°.

(108) Vedi nota 92 bis.

(109) ANTONIO ROSMINI trattò la quistione della penalità nella sua *Filosofia del Diritto*.

(110) ANTONIO BAUER svolse la teorica dell'ammonizione in parecchi suoi scritti: — *Principii del Processo criminale* ted. Marburg. 1805 — *Trattato di Diritto Penale*, ted. Marburg 1827—*Trattato del Procedimento Penale*, ted. Gotting. 1835 — *Avviamento alla Pratica criminale* — *Tentativo di una rettificazione della dottrina della coazione psicologica* (Dissertazione pubblicata nell'*Archivio di Diritto Criminale* (ted.), e tradotta in italiano nella *Collezione degli Scritti germanici di Diritto Criminale*. Livorno 1846, t. II, p. 1.

(111) J. DAN. MICHAELIS ha consecrato i due ultimi volumi del suo *Diritto Mosaico* (ted. Francf. 1793, 6 vol. in 8°) al Diritto Penale degli Ebrei.

(112) SAALSCHUTZ: *Il Diritto Mosaico*, ted. Berlino, 1848 — 2ª Ed. ibid. 1853.

(113) STENZLER: *Specimen juris criminalis Indorum* — 1842.

(114) ED. PLATNER: *Studi intorno al Diritto penale attico*, ted. Marb. 1820, 8° — *Quaestiones de jure criminum romano praesertim de criminibus extraordinariis*. Marb. 1842, 8°.

(115) K. F. HERMANN *sui principii, e sull'applicazione del Diritto Penale nell'antichità greca*, ted. Gotting, 1855, 4.°

(116) WARNKONIG: *Enciclopedia Giuridica* ted. Erlangen 1853 in 8°.

(117) Vedi nota 98.

(118) VAN WALREE: *De antiqua juris puniendi conditione apud Romanos*, Lugd. Bat. 1820.

(119) C. F. DIECK: *Saggi sul Diritto penale dei Romani*, ted. Halle, 1822, 8°.

(120) H. BESSERER: *Commentatio de indole juris criminalis Romanorum*. Heidelb 1827.

(121) J. DE BOSH-KEMPER: *Dissertatio de indole juris criminalis apud Romanos*, Lugd. Batav. 1830.

(122) V. nota 114.

(123) A. LEBASTARD-DELISLE : *Précis de l'administration de la justice criminelle chez les Romains*, Paris, 1841, in 8°.

(124) H. FÉRÉOL RIVIÈRE : *Esquisse historique de la legislation criminelle des Romains*, Paris, 1841, in 8°.

(125) ED. LABOULAYE giureconsulto assai noto per l'impulso vigoroso che ha dato allo studio storico del Diritto in Francia pubblicò un lavoro coronato dall'Accademia d' Iscrizioni e Belle Lettere col titolo : *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des Magistrats*, Paris, 1845, in 8°.

(126) REIN ha datò fuori il più ampio Trattato sul Diritto Penale romano seguendo la storia di ciascun instituto dai primi tempi di Roma sino a Giustiniano. *Il Diritto Criminale dei Romani* (ted. Bonn. 1844 in 8°).

(127) G. GEIB è stato il primo ad avvisare il processo criminale romano nel suo movimento storico coordinato alle varie condizioni storiche del popolo romano. *Storia del Procedimento Criminale romano*, ted. Lipsia, 1842, in 8°.

(128) V. nota 75.

(129) ROGGE : *Sull' organamento giudiciale dei Romani*, ted. Halle 1820.

(130) FREY : *Observationes ad juris criminalis teutonici historiam*, Heidelb. 1823.

(131) W. E WILDA pubblicò come prima parte di una Storia generale del Diritto Penale alemanno un Saggio sul *Diritto Penale dei Germani* (ted.Halle, 1842, in 8° gr.).

(132) BIENER: *Storia del processo inquisitorio*, ted. Lipsia 1827, 8.°

(133) D'ESPINAY: *De l'influence du Droit canonique sur la législation française*, Toulouse 1854.

(134) CORRADO FR. ROSSHIRT è autore di molte opere sul Diritto penale. Le principali sono : *Sviluppo dei principii del Diritto Penale* (ted. Heidelb. 1828 in 8°). *Storia e Sistema del Diritto Penale alemanno* (ted. Stuttg. 1838). Notasi oscurità e disordine nella sua esposizione.

(135) PIETRO ULLOA:*Dell' amministrazione della giustizia penale nel Regno di Napoli*. Napoli 1834 — *Delle vicissitudini e dei progressi del Diritto Penale in Italia* 2ª Ediz. accr. e miglior. Palermo, 1842 in 8°. — *Discorsi ed opuscoli in materia penale*, Napoli 1849, in 8°.

(136) VITTORIO FOUCHER prese a pubblicare varie traduzioni di codici moderni — *Code penal de l' empire d' Autriche*, 1833 1 vol. in 8° — *Code Criminel de l' Empire du Brésil*, 1834, 1 vol. in 8° — *Lois de la procédure criminelle et lois penales du royaume des Deux Siciles*, 1836, 1 vol. in 8°.

(137) C. G. ANT. MITTERMAIER, indefesso cultore della scienza giuridica soprattutto per la legislazione comparata oltre alla edizione del *Manuale* del Feuerbach pubblicò eccellenti monografie e soprattutto merita lode per il *Trattato del Procedimento criminale germanico paragonato al procedimento francese ed all'inglese* (ted. Heid. 1839-1840), non che per l' altro libro *Sul movimento progressivo della Legislazione nell' età nostra* ted. Heidelb., 1841-43.

(138) Due pubblicazioni periodiche vogliono essere qui mentovate. L' una è

il *Giornale critico della Scienza giuridica e della legislazione straniera* fondato nel 1829 dal Mittermaier ed ora cessato. L'altra è l'*Archivio del Diritto Criminale* fondato dal Klein e dal Kleinschrod fin dal 1798 e che continua tuttora con altri eletti compilatori ad essere pubblicato, come riverbero della scienza giuridica alemanna.

(139) Il BÉRENGER fu uno dei primi a risvegliare in Francia lo studio filosofico e sociale della penalità. *De la justice criminelle*, Paris, 1818, in 8° — *De la répression pénale de ses formes et de ses effets*; Paris 1855 in 8°.

(140) DUPIN : *Observations sur plusieurs points de notre legislation criminelle*, Paris 1821.

(141) DE MOLÈNES: *De l'humanité dans les lois criminelles*, Paris, 1830 in 8°.

(142) J. G. HAUS sotto forma di *Osservazioni* al progetto di revisione della legislazione penale belgica ha dato fuori un lavoro importantissimo di politica criminale.

(143) ALBERTO DU BOIS : *Histoire du Droit criminel des peuples anciens et des peuples modernes*. Paris 1851-1855 — Il 2° Volume non è compiuto e giunge al secolo IX.

(144) Una Bibliografia della Scienza delle Prigioni va meglio allogata come addizione alla trattazione delle pene.

(145) Una Bibliografia della *Medicina legale* e della *Psicologia forense* uscirebbe dai confini di una *Storia della Scienza penale*.

(146) ERM. HENKE seguitatore del Kant oltre a parecchi scritti anteriori ha dato fuori un ampio Trattato col titolo di *Manuale del Diritto Criminale e della Politica Criminale* (ted. Berlino 1823-1838, 4 vol. in 8°).

(147) C. G. WACHTER pubbliò un *Trattato di Diritto penale romano germanico* (ted. Stutg. 1825, 1826, 2 vol. in 8°) pregevolissimo soprattutto per conto delle notizie sul Diritto Romano ; e di questo egli fece una seconda edizione migliorata ed accresciuta col titolo di *Diritto Comune Germanico ed in ispecialtà Diritto Criminale*, 1844 in 8°.

(148) ANT. GUGL. HEFFTER diede fuori un Trattato del Diritto penale germanico (ted. Halle, 1833, in 8°) libro assai reputato per considerazioni pratiche e per profonda cognizione della Storia (6.ª ed. Braunschweig 1857).

(149) Vedi nota 134.

(150) G. FED. ENR. ABEGG indefesso scrittore pubbliò un *Trattato di Scienza del Diritto Penale* (ted: Neustadt 1836 in 8°) ed un *Trattato di Procedimento Penale* (ted. Königsb. 1833 in 8°). Ed oltre a ciò diede fuori : *Le Teoriche del Diritto Penale* (ted. Neustadt. 1830), le *Esercitazioni per servire alla Scienza del Diritto penale*, (ted. Breslau, 1830, in 8.°) ed una Dissertazione: *De antiquissimo romanorum jure criminali*, Regiom. 1823.

(151) C. R. KOSTLIN, seguitatore dell'Hegel, lasciò incompiuta la sua *Nuova revisione dei principii del Diritto Penale* (ted. Tubing. 1845) e il suo *Sistema del Diritto Penale* (ted. Tubing. 1855).

(152) HELIE ET CHAUVEAU, *Théorie du Code pénal* — Ed. del *Comment. des Comment.* Bruxelles 1845 3 vol. in 8° — HÉLIE, *Théorie du Code d' instruction criminelle* Paris, 6 vol. in 8°.

(153) GIULIANI *Instituzioni di Diritto Criminale*, Macerata, 1840 3.ª edizione 1856.

(154) POGGI *Elementa jurisprudentiae criminalis*, Florentiae 1815, 5 vol. in 8° — 1838, 2 vol. in 8°.

(155) MORI *Teoria del Codice penale toscano*, Firenze 1854.

(156) FERRERO Comentario su' delitti e sulle pene, Torino, 1828.

(157) NICOLA NICOLINI (n. a Chieti il 1772, m. il 1857): *Della Procedura Penale del Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1828, 9 vol. in 8° — *Quistioni di Diritto*, Napoli, 1851, in 8°.

(158) LANZILLI *Della Istruzione delle pruove*, 1837, 2 vol. in 8°— ORAZI *Principii fondamentali di ragion penale*, Napoli 1842, v. 1 in 8°—FOCARACCI, *Principii di Diritto e Procedura Penale* Napoli 1848— ARABIA, *I principii del Diritto Penale applicati al Codice delle Due Sicilie*, Napoli 1854, vol. 2, in 8°—RATTI, *Trattato delle giurisdizioni e del procedimento penale delle Due Sicilie*, Napoli 1857, in 8.°

LIBRO SECONDO

CENNO STORICO

DEL

DIRITTO PENALE DELLE DUE SICILIE

NELLE SUE FONTI E NEL SUO CONTENUTO

CENNO STORICO

DEL DIRITTO PENALE DELLE DUE SICILIE

NELLE SUE FONTI E NEL SUO CONTENUTO

CAPO PRIMO

Considerazioni preliminari.

§ 62. *Idea di una storia del Diritto penale patrio* (1).

Dalle generalità della Enciclopedia del Diritto Penale egli è duopo discendere alle specialità della nostra legislazione positiva, perchè porgasi un apparato compiuto alla trattazione sistematica dei nostri vari instituti penali ; e questo veicolo di transito dee porgersi informato dallo elemento storico, chi consideri che ogni sistema legislativo è un fatto il quale avverandosi nella curva immensa del tempo alla legge del tempo sottogiace , e come tale rappresenta pure una parte nel movimento storico dell' umana

(1) BIBLIOGRAFIA DEL DIRITTO PENALE DELLE DUE SICILIE — I. LEGGI. — Bullettino delle Leggi dal 1806 sinora — Codice per il Regno delle Due Sicilie; P. I, Leggi penali — Parte II, Leggi di Procedura Penale (Napoli 1819)— Statuto Penale militare e Statuto per l' armata e pei reati dei forzati e loro custodi (Napoli 1819) — II. COMENTARII — *Giaccari*, Commentario sulle Leggi penali e di procedura penale (Avellino 1839, 7 vol. in 8.°) — *Canofari*, Comento alla Parte seconda ed alla Parte quarta del Codice delle Due Sicilie (Napoli 1819) — III. TRATTATI — *Lauria* , Esposizione delle leggi penali delle Due Sicilie (Napoli 1825) — *Roberti* Corso di Diritto Penale (Napoli 1833, 6 vol. in 8.°) — *Romano* Instituzioni di Giurisprudenza penale (Napoli 1828, vol. 2 in 8.°) — *Nicolini*, Della Procedura Penale (Napoli 1828, 9 vol, in 8.°) — Quistioni di Diritto (Napoli 1835, 6 vol. in 8.°) — *Armellini* Della Procedura Penale—Quistioni di Diritto—Comento allo Statuto penale militare (1839) — *Arabia*, I principii del Diritto Penale applicati al Codice delle Due Sicile (Napoli 1854, vol. 2 in 8.°) — *Ratti*, Trattato delle Giurisdizioni e del Procedimento Penale delle Due Sicilie (Napoli vol. I, 1857 in 8.°)—IV. OPERE STORICHE — *Grimaldi* Storia delle Leggi e dei magistrati del Regno (Napoli 1746 in 4.°— *Liberatore*, Introduzione allo studio della Legislazione (Napoli 1832 in 8.°) — *Ulloa* , Dissertazioni storiche sulle antiche leggi penali del Regno (negli *Annali di Diritto* per L. Capuano 1856-57).

famiglia. E come la storia generale della penalità di cui tentammo nel precedente libro una delineazione, porgendoci un gran numero di manifestazioni speciali del Diritto penale si colloca nel territorio delle leggi dei vari popoli, uopo è che con la luce della storia generale del Diritto penale noi avvisiamo le manifestazioni della giustizia punitrice nella vita speciale di quel popolo agli instituti del quale dobbiam rivolgere l'attenzione. Intanto perchè ogni sistema legislativo è una parziale manifestazione della vita di un popolo, le sue vicende si rannodano a quelle della intera vita del medesimo come di una forza sociale operosa nel mondo e però tale da avere efficacia sulle forze circostanti e da ricevere di rimando la loro efficacia. Di maniera che noi cominceremo dallo avvisare in generale le forme storiche cui soggiacque il Reame delle Due Sicilie per desumerne i vari periodi della Storia del nostro Diritto Penale.

§ 63. *Delle varie età storiche del Reame delle Due Sicilie.*

Sendo che siam discesi nel terreno de' fatti particolari, nessuno ; a sentir nostro, vorrà revocare in dubbio un fenomeno che possiamo dire costante nella storia del nostro popolo ; e questo è per appunto il predominio dell' individualità sullo spirito pubblico, il predominio della coscienza individuale sulla coscienza nazionale. Ed un riverbero di questo predominio sta per appunto nel mancamento di una coltura nazionale non ostante che individualità colossali o per *mente* o per *cuore* o per *mano* siensi tra noi di continuo formate, quasi rappresentatrici della vita di un popolo intero. Di modo che a voler che stia come nazione il popolo delle Due Sicilie nel gran teatro delle nazioni civili, laddove esso vien considerato nei confini del suo territorio, unica via si è quella di una unità vigorosa la quale mantenga collegate le parti. E questa unità dev' essere tale che comprima le sparse membra e fra esse sovraneggi per indirizzarle a civile progresso. E questa, come un dotto storico moderno (cioè il Leo) viene additando, è quella per appunto di un Principato indipendente. Onde seguita che in un tempo il difetto della unità interna impedisce a quella esterna unità di perpetuarsi nella sua vigoria e mancando questa forza

vigorosa di aggregazione la vita nazionale s' infievolisce, e che più tardi il bisogno dell' unità ravviva quella forza esteriore e dopo un' età di languore che può paragonarsi a quiete sepolcrale risorge un principato vigoroso a restaurare la vita e la coltura nazionale.

In questo pensiero a noi sembra che possa chiudersi tutta la storia del nostro Reame. E i fatti stessi ce ne offrono splendidissima testimonianza. Imperciò che dopo essere stato come raggruppato sotto l' unità potente di Roma il nostro popolo al cader dell' Imperio d' Occidente si sperperò in un gran numero di frazioni che agitavansi lottando le une contro le altre per infino che non sorse tra noi piena di giovinezza la signoria normanna e sveva ad unificare le nostre contrade. E quando ciò fu compiuto il principato cominciò tra noi ad infievolirsi; e questo Reame a poco a poco consumandosi in lotte intestine divenne provincia di stranieri dominatori cancellandosi anco il suo nome dal novero delle nazioni moderne. Nè altrimente potè richiamarsi a coscienza vitale che per opera di un principato vigoroso il quale riproducendo e seguitando l' antica tradizione per proprio impulso dirizzò a risorgimento il popolo delle Due Sicilie. Epperò dirittamente un recente scrittore divise la nostra storia in cinque periodi:

Il primo periodo o *periodo di preparamento* corre dal cominciare delle migrazioni dei Barbari sino alla fondazione della nostra Monarchia, per cui le Due Sicilie di province romane passarono a formare una nazione nel mondo moderno (anni 409 a 1129).

Il secondo periodo o *periodo di incremento* corre da Ruggiero I sino agli Angioini per cui apparve lo Stato delle Due Sicilie come una potente Monarchia (anni 1129 a 1266).

Il terzo periodo o *periodo di dissolvimento* corre da Carlo I Angioino a Ferdinando il Cattolico e presenta il disciogliersi della unità civile con la separazione del continente dalla Sicilia e con la lotta interna delle razze angioine (anni 1266 a 1503).

Il quarto periodo o *periodo di inesistenza civile* abbraccia tutto il periodo vicereale per cui il territorio delle Due Sicilie formò due province lontane della Monarchia spagnuola (anni 1503 a 1734).

Il quinto periodo o *periodo di risorgimento* incomincia da Carlo III di Borbone e segna il ritorno delle Due Sicilie a formare uno Stato indipendente con principe proprio nel sistema degli Stati moderni (1).

E noi togliamo di peso questa partizione che ci sembra essere più razionale di qualunque altra per farne base alle nostre ricerche sul Diritto Penale patrio, cosicchè in ciascuno di questi periodi cercheremo di fermare le precipue note determinatrici cui soggiacquero i nostri instituti penali.

CAPO SECONDO

Periodo di preparamento (409-1129)

§ 64. *Condizioni generali.*

Quando ebbe luogo la grande migrazione dei popoli onde presero poi nascimento le nazioni moderne, l'Italia meridionale era sottoposta all'Impero romano; e al càder del medesimo gli Ostrogoti fondarono sotto Teodorico il regno italico di cui formarono parte queste contrade. Ma fu breve la dominazione dei suoi successori perchè Giustiniano Imperatore bizantino inviò contro essi Belisario e poscia Narsete che nel 553 fondò in Italia la signoria greca o l'Esarcato di Ravenna. Ed anco questa forma di cose non ebbe durata perocchè dopo pochi anni, cioè nel 568, i Longobardi invasero l'Italia superiore e postavi stanza di là stesero le loro conquiste nell'Italia inferiore ove fondarono il Ducato di Benevento, lasciando poche regioni allo Impero d'Oriente. Nel secolo IX intanto benchè fosse cessata la dominazione dei Longobardi vinta dai Franchi il Ducato di Benevento rimase uno Stato indipendente con leggi proprie; e d'altra parte le regioni soggette

(1) *Cronologia del Reame delle Due Sicilie* ad uso delle scuole per *Agostino Lanchoreli.* Napoli 1854. 1 vol.° in 12.

alla greca dominazione furono in parte sottratte alla medesima sì perchè a poco a poco divennero Ducati indipendenti e poi città libere Napoli Amalfi Gaeta, e sì perchè la Sicilia in sul finir di questo secolo sottogiacque alla dominazione dei Saraceni. Onde nei secoli IX e X e Greci e Longobardi e Saraceni si divisero il nostro suolo combattendosi perpetuamente tra loro. Ma nel secolo XI i Normanni a poco a poco introdottivisi trassero profitto da siffatte contese per ingrandirsi a dispendio di tutti e schiacciare sotto il loro dominio queste varie e discordi signorie finchè le loro conquiste si unificarono sotto Ruggiero di Sicilia che prese nome di Ruggiero I (1129). E in tutto questo tempo avemmo a comune con gli altri popoli d'Europa quella tenebra di barbarie e d'ignoranza per cui secoli di ferro si dissero quelli del Medio Evo; avvegnachè primi apparecchi alla coltura europea si porgessero tra noi nel Monastero di Monte Cassino ed in altri chiostri ove alcune vestigia dell'antico sapere furono gelosamente conservate.

§ 65. *Fonti del Diritto Penale.*

In questo periodo la varietà di elementi cozzanti impedì che si venisse ad accogliere in tutte le parti del nostro territorio una sola e medesima fonte. Ciò che trovavasi tra noi era il Diritto Romano del Codice Teodosiano con le posteriori Costituzioni degli Imperatori; ed esso si presentò ai Goti come monumento di sapienza; sicchè Teodorico nel pubblicare un *Editto* che fu quasi primo tentamento di un Diritto positivo nazionale riprodusse nella maggior parte delle sue disposizioni le disposizioni del Diritto Romano. La compilazione giustinianea fu promulgata in Italia ma vi ebbe poco vigore tranne per alcune regioni particolari. Intanto al Diritto Romano si aggiunse per il territorio longobardo la fonte delle *leggi barbariche*. Rotari nel 643 diè fuori il suo Codice e i Duchi posteriori lo aumentarono, fra' quali son da noverare Grimoaldo (858) e Luitprando (1014). Ma queste leggi erano applicate per soli i vincitori essendo comune dogma del Medio Evo la personalità delle leggi come riverbero del principio individualistico. E si conservarono nel Ducato di Benevento e nei Princi-

pati sorti dalla divisione del medesimo, anco quando i Capitolari dei Franchi aveano vigore in Italia. Questi due elementi del Diritto Romano e del Diritto longobardo vennero a porsi l'uno daccanto all'altro. Nel secolo passato surse quistione se il Diritto longobardo avesse o no distrutta l' autorità del Diritto Romano in questo periodo di miscuglio di elementi diversi. Ma oggi è posto fuori d' ogni dubitazione quel che Donato Antonio D' Asti giureconsulto napoletano sostenne nel secolo scorso e che il principe della scuola storica alemanna ha rafforzato con ineluttabili argomenti cioè la perpetuità del Diritto romano nelle contrade italiane. Solo vi fu un tempo in cui per la fitta tenebra di barbarie che occupava gl'intelletti si ebbe in maggior pregio quei privilegi che accordava il Diritto Longobardo e furonvi tra gli ecclesiastici di quelli che giunsero a rinunziare all' uso delle leggi romane per servirsi delle germaniche. Ma questo fu un infievolirsi della efficacia del Diritto Romano non già uno spegnersi allo intutto. Sicchè quando la società moderna dalla crisi dei mezzi tempi dovea passare ad organarsi con principii saldi e fondamenta incrollabili, e l' iniziamento della civiltà dovè cominciare dall' aver coscienza dell' antico, si risvegliò lo studio del Diritto Romano nelle fonti giustinianee, il che venne poi dalla tradizione vestito sotto le forme del rinvenimento di un manoscritto delle Pandette in Amalfi nel secolo XI.

§ 66. *Contenuto delle fonti.*

Del contenuto di queste fonti non è mestieri ragionare con specialità quando dalla Storia generale del Diritto Penale di cui abbiamo tentato uno schizzo nel libro precedente si ha una notizia sommaria del Diritto Penale romano e del Diritto penale germanico; cosicchè basterebbe il rinviare i leggitori per il Diritto Romano ai § 37, 38, 39 e per il Diritto Longobardo ai § 41, 42, 43. Nondimeno come il Diritto Penale giustinianeo fu in ultimo risultamento l'elemento predominante comunemente accettato, e che divenne poi base del Diritto nazionale come legge comune, noi ne diamo un breve cenno seguitando ciò che insegnano le *Institutiones* e che noi riproduciamo come monumento storico della nostra legi-

slazione penale antica. Esse nel Libro IV parlano delle obbligazioni che nascono dal delitto e dei pubblici giudizi. Il trattato delle obbligazioni nascenti dal delitto è il riepilogo del Libro XLVII del Digesto, e il trattato dei pubblici giudizi è il riepilogo del Libro XLVIII. Così si mantenne la divisione dei delitti in *privati* e *pubblici*. E come delitti privati furono avvisati il *furtum* punito col duplo o col quadruplo a seconda dei casi, la *rapina* che mercè un *actio* prescrivibile in un anno era punita col quadruplo stendendosi su' mobili e sugli immobili, il *damnum injuria datum* secondo la legge Aquilia; e l'*injuria* nel significato speciale di *contumelia* sia per modo verbale sia per modo materiale (*injuria verbalis aut realis*) la quale era punita con pena arbitraria (*extra ordinem et arbitrio judicis*), e questa pena era varia *pro circumstantiis personarum et rei*, *et facti atrocitate*. A rispetto poi dei pubblici giudizi alcuni diceansi *capitali* cioè quelli che menavano all' estremo supplizio o all' *aquæ et ignis interdictio* o alla deportazione o al *metallum*, ed altri *non capitali* cioè quelli che *aliquam infamiam irrogant cum damno pecuniario*. E pubblici giudizi si ritennero quelli preveduti dalle antiche *Leges* con le posteriori modificazioni. Onde erano in vigore le seguenti forme di penalità: 1) la *Lex Iulia majestatis* che puniva con la morte e con l'infamia dopo la morte i ribelli; 2) la *Lex Iulia de adulteriis* che puniva non pure l' adulterio ma ogni altra incontinenza con la pubblicazione della metà dei beni per gli *honestiores* e con la coercizione corporea unita alla relegazione per gli *humiliores*; 3) la *Lex Cornelia de Sicariis et veneficis* che puniva di morte il veneficio e l' uccisione violenta e l' *ambulare cum telo occidendi causa* e *qui susurris magicis homines occiderint vel mala medicamenta publice vendiderint*; 4) La *Lex Pompeia de Parricidiis* che puniva con l' atroce pena del *culleo* gli uccisori dei prossimi congiunti; 5) La *Lex Cornelia de falsis*, che puniva con la morte i servi e con la deportazione i liberi in caso di falso testamento o di altra falsa scrittura e in ogni altro caso che potesse costituire il *crimen falsi*; 6) La *Lex Julia de vi publica seu privata* che contro coloro i quali *vim armatam vel sine armis commiserint* puniva con la deportazione la violenza armata e con la pubblica-

zione del terzo dei beni la violenza non armata; eccetto il caso di ratto violento di vergine o vedova o claustrale nel qual caso i rei ed i complici eran puniti di morte giusta la Costituzione giustinianea sul ratto delle vergini; 7) la *Lex Fabia de plagiariis* che per virtù di Costituzioni imperiali puniva talor di morte e talora più lievemente la vendita dell' uomo libero; 8) la *Lex Iulia peculatus* che contro i rubatori del pubblico danaro fulminava la pena di morte se erano pubblici ufiziali nel momento del delitto, e, se privati, la deportazione; 9) ed infine le *Leges juliæ repetundarum, ambitus, de annona, de residuis* che punivano con varie pene inferiori all' estremo supplizio i delitti da essi preveduti. Ed a questi si univano i *crimina extraordinaria* puniti con pena *extra ordinem* sia fissata dalle Costituzioni sia lasciata all'arbitrio dei Magistrati.

CAPO TERZO

Periodo di incremento (1129-1266)

§ 67. *Condizioni generali.*

Ruggiero I Normanno fece delle Due Sicilie una potente Monarchia provvedendola di novelli magistrati e dando principio ad un Diritto nazionale in cui lo Stato in sè rappresentato dal Principe apparisce come una forza sociale vigorosa. I suoi successori Guglielmo I e Guglielmo II nulla aggiunsero all' edificio di cui egli pose le fondamenta. Questo era riserbato ad un principe discendente da stirpe diversa dalla normanna ma ad essa congiunta per il matrimonio di Costanza figliuola di Ruggiero con Enrico di Hohenstaufen prima *re dei Romani* come figliuolo di Federico Barbarossa Imperatore di Germania, e poscia ancora Imperatore di Germania e insignoritosi del trono di Napoli con occupazione sul fondamento di successione. Questo principe era quel Federico II cui deve non poco la nostra coltura. Egli prima protetto dal Papato e poscia in lotta con le sue pretensioni fu ad

un tempo Imperatore di Germania e re di Napoli e Sicilia; e tra noi menò a compimento quell'organamento civile del Reame cui Ruggiero avea posto mano perfezionando il sistema politico ed amministrativo in maniera da fare delle Due Sicilie uno Stato esemplare per le condizioni dei contemporanei. E da ciò prese incremento la coltura; e mentre l'Università di Napoli fioriva per conto delle scienze, la Corte di Sicilia promovea sempre più la nascente lingua italiana. Intanto alla morte di Federico pochi anni decorsero e la stirpe sveva come vien denominata questa degli Hohenstaufen fu distrutta con Manfredi e Corradino, l'uno perito nella Battaglia di Benevento (1266), l'altro dopo la disfatta di Tagliacozzo del 1268, per comando del vincitore Carlo d'Anjou, giustiziato in Napoli. E così dalla signoria sveva il Reame delle Due Sicilie passò a quella degli Angioini, con cui ebbe cominciamento diverso ordine di cose.

§ 67. *Fonti del Diritto Penale.*

Il Diritto romano in questo tempo era già per una tacita usanza riconosciuto come comune fonte del Diritto soprattutto nella compilazione fatta per comando di Giustiniano avvegnachè niuna legge fosse venuta fuori a riconoscerlo solennemente come tale. Ma daccanto al Diritto Romano si conservò pure se non in tutto almeno in parte il Diritto Longobardo ad una con le Consuetudini feudali de'Normanni. Solo può dirsi prepondérante il Diritto giustinianeo, tanto che nella Università di Napoli vi fu apposita scuola consecrata allo studio del medesimo. Intanto eran cominciate con Ruggiero alcune leggi nazionali col nome di *Constitutiones regni Siculi*. Ruggiero ne promulgò quarantaquattro delle quali moltissime son relative a cose di ragion penale. Guglielmo I suo successore ve ne aggiunse ventuna. Infine vi ha di coloro che attribuiscono a Guglielmo II la constituzione *De usurariis puniendis*. Ma colui che mise fuori un primo monumento legislativo proprio delle Due Sicilie fu Federico II. Il quale nel 1231, per opera di Pietro delle Vigne giureconsulto capuano Cancelliere del Regno, raccolse le Costituzioni di Ruggiero ed altre molte ve ne aggiunse formando il Volume delle *Constitutiones regni Siculi*; al quale furono poi

aggiunte da Bartolomeo di Capua, Taddeo di Sessa e Loffredo Beneventano le Costituzioni posteriori di Federico sino al 1250.

§ 69. *Costituzioni del Regno.*

A valutare il contenuto delle *Costituzioni* per ciò che si attiene al Diritto penale egli è duopo volgere uno sguardo allo spirito che in esse domina. Ruggiero volle ravvivare il principio romano dell' autorità sociale; onde ingiunse ai signori nella Dieta di Melfi del 1129 non turbar la *pace territoriale,* consegnare i malfattori, astenersi da violenza. E nel 1130 per mantenere l'unità volle distruggere il dislegamento del sistema feudale; epperò ingiunse che da lui si ripetesse ogni concessione di feudo mercè la sua confermazione. Nella Dieta infine di Ariano pubblicò Leggi indiritte a togliere a' feudatari il diritto di giudicare affidando ai *Giustizieri* la giurisdizione criminale, ai *Camerarii* ed ai *Baiuli* una specie di potestà amministrativa e la giurisdizione civile; dichiarò *burgenses* cioè liberi cittadini coloro che abitavano nei feudi tranne gli *angarii*, e interdisse ai Grandi l'edificare terre o castelli o altra difesa essendo bastevole quella del Principe. Coordinando alcune leggi penali a siffatte tendenze così manifestate, Ruggiero interdisse il censurare i fatti i consigli e le deliberazioni del Principe sotto pena di esser considerato come ribelle; e mirò a circondare di rispetto i suoi ufiziali assomigliando ad offese contro la *Maestà* le offese fatte ad alcuno di essi; ma volle pure rigorosa amministrazione d'imparziale giustizia, sicchè fulminò di pena capitale l'iniqua condanna alla morte, la sottrazione del pubblico danaro da parte di colui cui è affidato, e di confisca e d'infamia ogni altra iniqua sentenza sorta da frode. E con apposite leggi riprodusse poi la pena stessa che il Diritto Romano fulminava sopra taluni delitti o contro l'individuo o contro la società.

Ma Ruggiero aveva iniziata l'opera; il compierla si avveniva a Federico II. Il quale attingeva la forza delle sue convinzioni nel Diritto Imperiale romano; e così intese a rinvigorire pienamente l'idea dello Stato come unità morale che si impersona nel Principe e si appalesa nell'azione eguale della legge su tutti gli individui. E questo era ordinamento novello per l'Eu-

ropa preda per ancora delle usanze barbariche e dello sperperamento feudale. L' Imperatore volle nel Reame delle Due Sicilie un ordinamento in cui tutto si riducesse ad unità, in cui tutti i poteri emanassero da un sol principio, tutte le operazioni fossero figlie di un solo impulso. Egli tendeva a regger tutto meccanicamente negando agli individui ogni contrarietà di azione; ma appunto perciò noi dobbiamo riconoscere nelle Leggi di Federico un impulso a civile progresso per il ravvivamento della forza sociale sulla forza dell' individuo. Ad attuare intanto il suo pensiero egli cominciò dal rimuovere l' assurdo delle instituzioni del Medio Evo per sostituirvi un ordinamento vigoroso. Le instituzioni del Medio Evo consacrano la preponderanza della società clericale e la preponderanza dalla signoria feudale. Federico assume a sè il ministerio di proteggere la Chiesa e la fede cristiana sicchè il chiericato deve ricorrere al suo braccio, alla *potestas gladii*, per difendere la fede; ed a tal uopo ei fulminò gravissime pene contro i rei di delitti ecclesiastici come la bestemmia lo spergiuro l' eresia, l' apostasia; ma protestò sempre che voleva inalterati i diritti della Chiesa per quanto poteansi conciliare con l' inviolabilità dei suoi *jura regalia*, senza lesione delle così dette *regalie*. D' altro canto Federico tolse ai signori feudali il mezzo della loro preponderanza cioè l' essere armati, limitando ai soli rappresentanti della forza pubblica ed ai pubblici uffiziali l' uso delle armi, ingiugnendo che a questi si ricorresse in ogni evento perchè essi rappresentano la persona del Principe (quasi presente per essi in in ogni parte del territorio), e che tutti prestassero obbedienza ai medesimi, anzi vi aggiunse il pronunciato che ogni cittadino aggredito poteva invocare il nome dello Imperatore e questo dovesse bastare perchè l' aggressore si rimanesse dall' offenderlo, al che diede egli il nome di *defensa*. E coordinando gli instituti penali a questa forma in cui si determinò il Diritto, egli proibì sotto gravi minacce la guerra privata, salvo il moderame di incolpata tutela e la scusa di chi provocato da giusto risentimento si vendichi in *continenti*, punì di morte l' usurpare giurisdizione e il muoversi guerra nel Regno; punì con la recisione della mano il ferire con armi, e con la morte l'omicidio, punì rigorosamente

le offese ai depositari del potere ampliando le disposizioni di Ruggiero; e vietò sotto pena di perpetua desolazione alle Università l'investire alcun individuo di qualsiasi giurisdizione. Il potere di giudicare venne da lui ricondotto al principio della *delegazione sovrana* migliorando ciò che Ruggiero avea cominciato con l'ordinamento dei *Justitiarii* e di una *Magna Curia* che egli ordinò con quattro giudici e con un *Advocatus fisci* che fu cominciamento alla instituzione del *Pubblico Ministero* per la ricerca e per la punizione dei delitti. Ma soprattutto nel procedimento penale egli stampò un'orma indelebile essendo il primo a seguire l'innovazione che apparve nel Diritto Ecclesiastico, con accogliere il *procedimento inquisitorio* in virtù del quale ingiunse ai Giustizieri *de facinorosis hominibus inquisitiones instituere* e volle soprattutto l'inquisizione negli omicidii e danni clandestini. Vero è che prese dal Diritto Romano la *tortura* riproducendola in tutto il suo rigore. Ma ciò che segna per lui una pagina splendidissima nella Storia è il bando che egli diede alle prove dette *giudizi di Dio* ovvero *ordalie*, soprattutto avvisando come avanzo di barbarie come assurdo ed empia usanza il *duello giudiciale;* cui sostituì la riproduzione del sistema delle prove romane *per testes et tabulas* (per testimoni e documenti) e l'instituzione dell'*appello* per riparare gli errori e gli abusi dei Giustizieri. Per le quali cose possiamo dire che le leggi di Federico II rappresentano una parte importante nella storia della penalità porgendo un ravvivarsi del principio sociale sul disordine individualistico del Medio Evo, avvegnachè le pene fulminate da Federico risentano per la loro crudeltà la ferocia de' tempi anteriori.

CAPO QUARTO

Periodo di dissolvimento (1266-1503)

§ 70. *Condizioni generali.*

L' unità vigorosa del Reame delle Due Sicilie che era giunta ad alto grado di splendore con la stirpe degli Svevi cominciò a disciogliersi con gli Angioini, e questo dissolvimento ebbe durata per insino che l' esistenza civile del popolo venne al tutto annientata. Già fin dai tempi di Carlo I. d' Anjou la separazione della Sicilia dal continente napoletano con la soggezione di questa alla stirpe d' Aragona apparecchiò la maggior debolezza di amendue le parti; e la Sicilia fin dal 1282 datasi a Pietro d' Aragona apparecchiò la grandezza di una stirpe che dovea rendere ed essa ed il continente due province della Monarchia spagnuola. Oltre a ciò la guerra durata per oltre un secolo frà due novelli Stati esaurì le loro forze e fu germe di una divisione che lungo tempo si perpetuò tra noi se cioè dovesse il Reame delle Due Sicilie servire alla monarchia spagnuola ovvero alla monarchia francese. Intanto in questo Reame a Carlo I succedette Carlo II ed a costui Roberto il buono; e tutti e tre questi principi furono devoti alla Corte di Roma cui la stirpe angioina era debitrice del trono. A Roberto succedette poi una seguenza di funeste vicende occasionate dal matrimonio di Giovanna I sua erede con Andrea secondonato del re di Ungheria. Imperocchè la uccisione di Andrea, la venuta del re di Ungheria in Napoli per vendicarla, la fuga della Giovanna in Provenza, il suo ritorno in Napoli e la sua morte violenta per opera di Carlo di Durazzo anco Angioino, il costui breve regno, la chiamata di Luigi d' Anjou da parte dei Baroni, il predominare di Ladislao, la costui spedizione nella Romagna e nella Toscana, le avventure di Giovanna II sua sorella che a lui succedette sono i fatti che occupano un secolo della nostra storia e che non pure impedirono ogni interno miglioramento civile e letterario ma affrettarono la nostra ruina. Nel Reame poi di Sicilia le scissioni cominciarono tra due potenti famiglie e all'antica

casa di Aragona succedette la stirpe di Castiglia con Ferdinando il Giusto. Il figliuolo di lui a nome Alfonso a lui succeduto fu dalla Giovanna instituito erede e dietro una guerra con Renato d' Anjou riunì di nuovo sotto un solo scettro il Reame delle Due Sicilie. Alfonso d' Aragona ebbe nome di Magnanimo e fu proteggitore degli studi ma il riunire che egli fece dei due Stati non era indirizzo a civiltà e non ebbe durata oltre la sua vita; perocchè al suo morire le Due Sicilie furono nuovamente divise dominando una stirpe aragonese in Napoli ed un' altra stirpe parimente aragonese in Sicilia; il che durò poco tempo finchè Ferdinando *il Cattolico*, della casa d' Aragona, profittando delle pretensioni di Carlo VIII e di Luigi XII di Francia, come eredi degli Angioini, al trono di Napoli, vinti i Francesi nella Battaglia del Garigliano per opera di Gonsalvo di Cordova, aggiunse alla Sicilia il Regno di Napoli; onde avvenne nel 1503 che il territorio delle Due Sicilie diventò proprietà della monarchia spagnuola.

§ 71. *Fonti del Diritto Penale.*

Gli Angioini continuarono l' opera di un Diritto Nazionale rivocando alcune delle *Constitutiones regni siculi* ed aggiungendo a quelle che eran conservate le loro leggi cui diedero nome di *Capitoli*. E perchè la Sicilia nel 1282 venne sotto la dominazione Aragonese che rannodavasi per legame di sangue agli Svevi non altrimente che gli Svevi ai Normanni si rannodavano, continuarono per essa le Costituzioni che presero nome di *Constitutiones Regni Siciliae*. Altra fonte del Diritto Penale si appresenta nei così detti *Ritus Magnæ Curiæ* i quali concernono il procedimento giudiziale. Un sistema giudiciario nitidamente formolato mancava ai periodi antecedenti. Onde dall'uso costante del giudicare si venne formando una seguenza di fatti precedenti che poscia raccolti a mano a mano si dissero i *Riti della G. C. della Vicaria;* e la Giovanna II fu quella che dando rigor di legge alle su enunciate antecedenze fermò un sistema di procedimento giudiciale che nelle leggi anteriori mancava. In Sicilia intanto alle Constituzioni di Federico si aggiunsero come fonte giuridica i *Capitoli* pubbli-

cati nel 1296 da Federico II di Aragona e dai suoi successori, non che le *Pragmaticæ Sanctiones* di re Martino. E quando gli Aragonesi si insignorirono (a cominciar da Alfonso) del trono di Napoli anco tra noi ai Capitoli del Regno ed alle Constituzioni non che ai Riti della Vicaria si aggiunsero le prime *Prammatiche* degli Aragonesi, il qual nome perdurò in tutte le leggi posteriori alla sottomissione del nostro reame alla Monarchia spagnuola.

§ 72. *Contenuto delle fonti.*

La giustizia penale dopo la caduta degli Svevi cominciò a perdere quella nota impressale dal vigoroso ordinamento di Federico II. Carlo I e i suoi discendenti ravvivarono quella preponderanza della società chiericale che Federico aveva efficacemente repressa. E nella amministrazione della giustizia apparve la *immunità ecclesiastica* reale e personale in tutto il suo vigore rivocandosi tutte quelle leggi sveve che contro questa immunità erano state promulgate. E l' infievolirsi dell' unità dello Stato chiara si appalesa da un certo spirito di parzialità che serpeggia nelle leggi punitrici contro i fautori della precedente dinastia. Riverbero dell' agitazione civile è la crudeltà delle pene contro i ribelli esasperata eccessivamente. E d' altro canto (lasciando stare l' arbitrio che contaminò le quattro *Lettere arbitrarie* pubblicate da Carlo II e rivocate da Giovanna II), quasi tutti i Capitoli degli Angioini sono l' effetto di una grande importanza posta nel danaro; onde atroci pene per il furto e per la falsa moneta. Degli elementi posti da Federico si conservò vigoroso quello di raffrenare i privilegi dei signori feudali. E soprattutto veggonsi svolti e fecondati i due principii dell' inquisizione *ex officio* e della necessità di procedersi ad inquirere su' reati, senza tenersi conto della rinunzia delle parti qualora si trattasse di fatto che meni a pena di morte o di scissione di membra. Quantunque poi la forgiudica dei rei instituita da Federico venisse dagli Angioini temperata pure fu esteso l' uso della tortura sempre maggiormente e vennero riconosciuti legittimi i procedimenti eccezionali *ad modum belli* con pruove privilegiate ne' fatti atroci o di crimenlese.

In Sicilia l' agitazione cagionata dalla guerra pose Federico di Aragona nella necessità di concedere ai Baroni sempre maggior numero di quei privilegi che Federico Imperatore avea loro tolti. Nè ciò riuscì molesto alla dinastia d' Aragona educata dalle leggi aragonesi alle instituzioni feudali. E quantunque l' instituzione dell' appello alla Magna Curia rimanesse come presidio di civile eguaglianza pure la giustizia punitrice divenne nuovamente una *giustizia patrimoniale* e *locale* cui si aggiunse l'arbitrio della *capitania di guerra*. E quando Napoli e Sicilia soggiacquero entrambe ad Alfonso d' Aragona ed apparvero le Prammatiche dei primi Aragonesi, questo sperperamento feudale radicato in Sicilia si trasfuse in Napoli, imperocchè Alfonso per assicurare il trono a Ferrante suo figlio ravvivò gli instituti di privilegio giurisdizionale. L'influenza del principio religioso spagnuolo fece punire severamente i delitti di religione e quelli d'incontinenza dove che i delitti contro la persona e la proprietà degli individui non vennero avvisati con pari asprezza. E dal 1496 in poi cominciaronsi a pubblicare severissime leggi sulla pubblica annona; mentre apparve la ferale instituzione del *guidatico* per cui i malfattori otteneano mercede uccidendo o perseguitando altri malfattori, il che perpetuava violenze e crudeltà senza numero. Ad Alfonso poi è dovuta la instituzione di un Tribunale di revisione per riparare i torti e le ingiustizie degli altri Tribunali, cioè il *Sacro Regio Consiglio*. Ed a Ferrante è dovuta una legge regolatrice del procedimento giudiciale col titolo *De modo procedendi*, pubblicata nel 1477 ove furon date norme certe ai giudizi penali come ai civili ma fu statuito in tutto il suo rigore il sistema inquisitorio con la estinzione di ogni pubblico disame.

CAPO QUINTO

Periodo di inesistenza civile (1503-1734)

§ 73. *Condizioni generali.*

Allorchè Ferdinando il Cattolico ebbe fatto delle Due Sicilie una frazione della Monarchia spagnuola cominciarono due secoli di sventure per il nostro popolo abbandonato alle estorsioni e pressure dei Vicerè inviati da Madrid, abbandonato ai soprusi del Baronaggio. A questi mali si aggiunsero le frequenti invasioni dei Musulmani e sopratutto le funeste conseguenze di impotenti conati di emancipazione come quelli di Nino della Pelosa e di Masaniello nel 1647 e quello di Messina in sul cadere del secolo XVII. Così le Due Sicilie si cancellarono dal novero degli Stati moderni sotto Ferdinando il Cattolico e i suoi successori Carlo V, Filippo II, Filippo III, Filippo IV e Carlo II, i quali non furon visibili se non di rado nelle nostre contrade. E solo compenso a tante sciagure fu la eletta schiera di altissimi ingegni napoletani i quali nelle più svariate branche della coltura manifestarono quella vigoria che non poteva appalesarsi sotto la forma di una vitalità nazionale. A questo stato venne a dar fine la guerra europea della successione di Spagna producendo tra noi un mutamento di dominazione che fu apparecchio ad emancipazione, quando alle pretensioni di Filippo V contrapponendosi la Casa d'Austria, queste regioni furono conquistate dalle milizie imperiali e dopo la pace di Utrecht sottoposte all' Imperatore di Germania.

§ 74. *Fonti del Diritto Penale.*

In questa età si vennero aggiugnendo alle *Costituzioni*, ai *Capitoli*, ai *Riti*, alle *Prammatiche* degli Aragonesi le *Prammatiche* dei Re di Spagna o dei Vicerè, le quali moltiplicandosi le une sulle altre, in guisa che posteriori leggi annientaron leggi anteriori

formavano il *Diritto penale scritto*. Ma daccanto a questo sorse un *Diritto Penale consuetudinario* formato da triplice fonte imperocchè sussisteva come leggo comune primamente il *Diritto Penale giustinianeo;* in secondo luogo l' *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* ovvero l'uso del giudicare rivelato nella pratica del foro e fermato nelle raccolte di *Decisiones* e *Consilia* avea vigore di legge nei posteriori giudizi; ed infine l' *auctoritas doctorum* era pure ritenuta come fondamento legale per assolvere o condannare appalesandosi nelle dottrine degli interpetri e nelle opere dei *Pratici* o scrittori di *Pratica Criminale*. Chè anzi l'uso del giudicare e l' autorità dei giuristi si sorreggeano a vicenda, imperocchè le Decisioni chiamavano in testimonio or questa or quella dottrina degli interpetri; e gl' interpetri annunciavano come fondamento delle loro opinioni le Decisioni pronunciate. E soprattutto si avverò che le Decisioni dei Tribunali e le interpetrazioni dei Dottori in prima si fondarono sul Diritto Comune e sulle varie fonti del Diritto nazionale, e poscia presero il disopra sulle stesse leggi: sicchè spesse volte si ha il disuso delle leggi per essersi andato sulle orme delle antecedenze giudiciali o della varia interpetrazione data dai giuristi alle varie leggi esistenti. Dal che dovea certo generarsi un caos informe nell'amministrazione della giustizia penale in maniera da tramutarsi la medesima in un laberinto di casuistica senza norme certe e determinate.

§ 75. *Contenuto delle fonti.*

Se noi volessimo rinvenire una nota caratteristica nelle fonti di questa età del nostro Diritto Penale essa non ci si potrebbe porgere che nel riverbero necessario della inesistenza civile cioè nella mancanza di un' indole propria. Le Prammatiche in parte sono dettate da interessi momentanei o della Monarchia spagnuola o dei suoi Vicerè diversi, in parte sono continue ripetizioni di divieti che rimaneano costantemente inefficaci ed in parte risentono dell' indole comune della penalità dei secoli XVI e XVII di cui segnammo i lineamenti principali nel libro precedente. Ma quello che soprattutto è da notare si è l'abuso della pena di morte

per ogni maniera di reati ancora che lievi in se stessi, come il furto la falsa moneta l' impudicizia sino al bacio violento, l'onnipotenza del Giudice inquisitore, la innumerabile moltiplicità di Tribunali straordinarii e Giunte per reati gravi, la niuna proporzione e precisione nel sistema penale, le svariate transazioni tra il fisco ed il reo, gli abusi degli scrivani, la confusione de'privilegi di foro, l' abuso dei procedimenti *ad horas*, oltre alla illegittima potestà delle giurisdizioni baronali. Le pene straordinarie contribuirono pure ad accrescere l'incertezza e la confusione; ma se non altro furono un mezzo salutare nelle mani di giudici benigni perchè si fosse evitata la tortura. Intanto non vuolsi tralasciare che in mezzo a questi elementi di corruzione della giustizia penale vi ha pure qualche elemento di bene come la Prammatica del 1631 messa fuori dal Conte di Lemos circa i doveri dei giudici ove si cercò porre un argine alla confusione sorta dalle instituzioni anteriori. Ed a ciò vuolsi aggiungere l'opera delle benigne interpetrazioni forensi che temperavano l' asprezza ed il rigore delle leggi. Così le determinazioni meglio svolte sulla necessità della pruova generica dei reati la cui origine risale al Diritto Canonico e per taluni germi sino al Diritto Romano, e che venne legalmente ingiunta con l' Editto della Vicaria del 1525, la necessità di valutare tutte le forme della imputabilità umana, le cagioni di attenuazione del delitto, la distinzione del conato e del delitto consumato, la distinzione della complicità necessaria e della non necessaria, e moltissime altre dottrine di cui più innanzi specificatamente ragioneremo già trovansi sparse e nei vari giudicati e nelle opere di interpetrazione forense. Anzi noteremo che taluni scrittori di Pratica Criminale già levavano ardita la voce contro l'instituzione mostruosa della tortura per ottenere la confessione del reo sospetto.

20

CAPO SESTO

Periodo di risorgimento (1734-1819).

§ 76. *Condizioni generali.*

Il periodo di inesistenza civile ebbe fine per le Due Sicilie con la guerra europea della elezione del Re di Polonia la quale fu occasione al compiuto risorgere della nostra nazione. D. Carlo Infante di Spagna terzogenito di Filippo V mosse con un esercito spagnuolo alla conquista delle nostre contrade e discacciatine gli Austriaci ne divenne Principe indipendente nel 1734. Seguitando i consigli del Marchese Tanucci egli riordinò lo Stato riconducendolo al principio di Federico II dello affrancamento della Sovranità civile dalla preponderanza delle classi privilegiate; introdusse pure delle riforme amministrative e giudiziali, ed oltre all'ornar la Città ed il Reame di splendidi edifici e strade, protesse le arti belle ed il sapere e del sapere promosse soprattutto le discipline sociali per essere illuminato dai consigli della scienza nei tentamenti di riforme. Onde tra noi surse la scuola del Giannone, dell'Argento, del D'Asti, e sorsero gl'ingegni peregrini di un Genovesi di un Galiani di un Filangieri. Onde le Due Sicilie non pure vennero da Carlo III riallogate nel sistema degli Stati moderni ma furono benanche avviate a progredimento morale e civile. Pure le antiche tradizioni opposero una viva resistenza come barbarie inveterata agli impulsi generosi del novello reggimento e li vinsero; finchè le condizioni generali d'Europa immutando il sistema giuridico ebbero altresì la loro efficacia sulle nostre contrade. E i principii moderni dell'abolizione degli instituti feudali, della eguaglianza civile, della necessità di sottoporre l'uomo alla volontà generale della legge, cioè all'impersonalità del Diritto, e le instituzioni indiritte a promuovere la produzione e la circolazione della ricchezza e la coscienza dei sacri diritti della personalità umana, inviolabile soprattutto nei giudizi, si fecero via nelle nostre regioni, generandovi leggi novelle radicalmente riformatrici, le quali secondo l'impulso stesso del tempo si succedettero a breve distanza.

§ 77. *Fonti del Diritto Penale.*

In questo tempo che corre dal 1734 al 1819 noi ravvisiamo una serie di fonti indirizzate a riformare il sistema penale insieme con tutte le altre parti del sistema giuridico. Vi furono altre *Prammatiche* oltre quelle dei Vicerè; alle quali si aggiunsero pure i *Reali Dispacci*. Poscia che vennero a luce in Francia le leggi riformatrici della penalità nel 1791, apparvero fra noi una Legge del 20 Maggio 1808 che radicalmente riformò la giustizia criminale, un' altra Legge del 22 Maggio 1808 che riformò pure la giustizia correzionale e di polizia, ed un Regolamento per le forme dei giudizi. Alle quali leggi tenne dietro nel 1812 la versione ufficialmente ingiunta del Codice penale francese del 1810 con parecchi Decreti posteriori, indirizzati a mitigare l' asprezza di alcune sue punizioni.

§ 78. *Contenuto delle fonti.*

L' opera di Carlo III fu ricostruzione simile a quella costruzione che Federico avea fatta dell'unità nazionale mercè l'organamento dello Stato, quando tutte quasi le nazioni di Europa erano soggette alle ineguaglianze che provenivano dalle condizioni del medio evo. La Prammatica del 1738 togliendo via le giurisdizioni baronali riorganò l'autorità giudiciaria e l'amministrativa e fu come una Legge fondamentale dello Stato. Il Concordato del 1741 pose d'accordo i dritti della Chiesa con quelli dello Stato; ed altre molte riforme sarebbero pure avvenute come quella della formazione di un Codice nazionale se non si fosse trovato ostacolo nelle stolte preoccupazioni dei forensi e nella ignoranza della moltitudine. Chè già vediamo con re Ferdinando ridotto il reato di incontinenza nei suoi giusti confini punendosi lo stupro nel solo caso di violenza per frenare gli abusi cui le querele frequenti di seduzione avean dato luogo; e quantunque non abolita con apposita legge la tortura era tra noi già caduta in disuso. Quando poi il Beccaria ebbe promossa la riforma delle instituzioni penali in Europa, tra i governi che secondarono la sua voce vi fu pure il Governo delle Due Sicilie con la celebrata Prammatica del 1774 che

ponea due grandi principii: 1) la sottomissione dell' arbitrio del Giudice a' dettati della legge scritta dovendosi il giudicato fondare sulle sole leggi patrie ed in mancanza di queste su i testi del Diritto Giustinianeo; 2) la necessità della *motivazione* delle sentenze che fa l' opinione pubblica giudice del giudicato profferito. Ma l' incuria dei pratici insterilì questi germi di salutare innovazione; cosicchè si perpetuò il processo informativo coi suoi vizi, si perpetuarono alcune pene inumane e i giudizi rimasero all' arbitrio dei forensi. Solo vuol essere ricordata come prezioso monumento storico la riforma del Diritto Penale militare operata con la Ordinanza del 1789 per le genti da guerra ove se non ancora appariva il lume benefico della pubblica discussione si riconobbe come necessaria la disamina delle pruove inquisitorie alla presenza dell' accusato e del suo difensore.

Gli innovamenti generali d' Europa promossi dai Codici francesi furono quelli che diedero un impulso più efficace alla riforma degli instituti penali fra noi. Onde le Leggi del 1808 su' delitti e sulle pene apparvero a comporre in un primo Codice penale gli elementi apportati dalle leggi innovatrici di Francia con le tradizioni benigne della giureprudenza del foro italiano. Esse sostituirono alla casuistica dei pratici ed all'antico cumulo di leggi in diversi tempi pubblicate un sistema di giustizia punitrice ove la pena cessò di essere arbitraria avvegnachè nella mitigazione della quantità della pena si desse al Giudice una latitudine per le contingenze attenuatrici nella punizione dell'omicidio, ove si raccolse per la prima volta una serie di disposizioni generali circa il reato e la pena, e fu fissata la triplice gradazione della penalità pe' reati gravi, lievi e lievissimi, ove infine era fermata la indipendenza dei giudici, la motivazione dei giudicati, l' abolizione del processo informativo fiscale come unica fonte di prova, la necessità della pubblica discussione, il bando delle *prove legali* e delle *prove privilegiate*, e le varie forme di assicurazione della libertà individuale conciliate col bisogno della custodia preventrice.

Quanto è poi all'ultimo periodo cioè à que' pochi anni dal 1812 al 1819 in cui fu legge il Codice francese del 1810 egli è superfluo il delinearne quì l' indole perocchè di già ne abbiam tenuto

discorso nel Libro precedente ragionando del movimento delle instituzioni penali nella storia generale dell'umana famiglia.

CAPO SETTIMO

Cenno sul Diritto Penale vigente.

§ 79. *Fonti legali.*

Come prima il Codice penale francese fu accolto tra noi come legge la tradizione delle dottrine italiane antiche e moderne fece sì che spiccassero in breve tempo i suoi vizi e parecchi Decreti furono necessari a modificarne le varie disposizioni. È vuolsi qui ricordare a cagion d'onore il nome di Pasquale Liberatore il quale nel suo Saggio sulla Giurisprudenza penale del Regno mise in mostra i vizi del Codice francese con importanti considerazioni di politica criminale. Laonde non andò guari che sentitosi il bisogno di un Codice novello si instituirono delle Commessioni legislative per la revisione dei Codici di Francia. E sebbene il lavoro di queste prime Commessioni rimanesse interrotto per la Restaurazione del 1815, re Ferdinando I instituì una Commessione legislativa per la revisione di tutto il Codice Napoleone, per formarne un Codice nazionale che togliesse a prestanza dai nuovi instituti quanto v'era di buono eliminandone quello che fosse discorde dai dettati della scienza o in contraddizione con le instituzioni civili del paese. E qui vuolsi ricordare benanco il nome di quell'illustre Nicola Nicolini che precipua opera diede alla formazione dei nuovi Codici di penalità e di Procedimento Penale con altri giureconsulti contemporanei. È dopo che furono pubblicate nel 1816 le *Leggi di organamento Amministrativo* e nel 1817 la *Legge Organica dell' ordine giudiziario*, in virtù della Legge del 26 Marzo 1819 uscì a luce il Codice per il Regno delle Due Sicilie di cui le *Leggi Penali* formano la Parte Seconda e le *Leggi di Procedura Penale* la Parte quarta, abolendosi tutte le leggi anteriori salvo per le materie non prevedute dalle leggi novelle (1).

(1) Le due compilazioni enunciate formano il Diritto Penale comune. Ma in virtù dell'art.° 470 delle Leggi Penali bisogna aggiungere alle medesime al-

§ 80. *Spirito del Diritto Penale vigente.*

I. Che la Legislazione penale del 1819 abbia segnato un progresso fra' Codici di Europa chiaro ci si mostra dal vedere che alcuni dei suoi instituti vennero accolti dalla Francia nella Riforma penale del 1832. Essa in quanto al dogma fondamentale non si allontana da quello che informa le leggi francesi del 1810; imperocchè riconosce la sicurezza delle persone e dei beni come scopo della pena, ed alla esemplarità intimidatrice come ad obbietto precipuo son dirizzate le sue determinazioni penali, ed a simiglianza di quelle leggi dà un valore alla individualità umana nel terreno del procedimento penale. Non di manco vuolsi riconoscere che già presso di noi la efficacia del principio platonico della giustizia fu di tanto peso che la legge penale del 1819 lo accolse se non come scopo supremo almeno come condizione indispensabile perchè sia salutare l' esempio della pena.

II. Quanto alla legge penale il nostro Codice vigente accolse il principio della esclusività della efficacia della legge sì nella determinazione del reato, si nella sua esasperazione o mitigazione togliendo l' analogia e le pene arbitrarie salvo la latitudine del *massimo* e del *minimo* perchè il Giudice attemperi la pena alla

tre Leggi come fonte di penalità speciale. E queste sono: — 1.° Lo Statuto Penale militare del 1819; — 2.° Lo Statuto penale per l'armata di mare del 1819; — 3.° Lo Statuto penale pei reati commessi dai forzati e dai loro custodi nei luoghi di pena anche del 1819. — 4.° Lo Statuto penale pei presidiari e loro custodi del 29 Maggio 1826 con le modificazioni del Decreto dei 15 Dicembre 1835; — 5.° La legge dei 21 Agosto 1826 pe' reati forestali con le modificazioni del Decreto dei 7 Luglio 1835. — 6.° Le varie leggi su' dazi indiretti per i così detti reati di contrabbando cioè: — *a)* La Legge del 9 ottobre 1810 col Regolamento del 14 Maggio 1822 e col Decreto del 24 Marzo 1842 per i tabacchi. — *b)* I Decreti del 14 Maggio 1810, del 12 ottobre 1817 e del 19 Ottobre 1829 per il sale. — *c)* Il Decreto del 5 Aprile 1819 per la polvere ed il salnitro. — *d)* Il Decreto del 10 Luglio 1826 per le carte da giuoco. — *e)* La Legge del 2 Gennaio 1820 per la carta bollata. — *f)* La Legge Organica delle Dogane del 19 Giugno 1826 con quella sul contenzioso dei Dazi indiretti del 20 Dicembre 1826 ad una co' Decreti del 17 Agosto 1838 e 28 Gennaio 1839 relativi alla immissione fraudolenta di generi esteri per la via di mare o di terra; — 7.° La Legge del 18 Ottobre 1819 per le contravvenzioni in materia di caccia. — 8.° Il Decreto del 20 Ottobre 1834 per le contravvenzioni in materia di pesca; — 9.° La Legge del 12 Dicembre 1816 per le contravvenzioni ai regolamenti di polizia urbana e rurale; — 10.° Lo Statuto penale sanitario del 13 Marzo 1820 con le aggiunzioni dei Decreti del 19 Settembre 1829 e dei 5 Agosto 1834; — 11.° La Legge dei 14 Ottobre 1839 pei reati relativi alla tratta dei Negri.

varia intensità del malefizio. E vi furono trasfuse le dottrine del Codice francese sulla efficacia della legge nello spazio e nel tempo.

III. Esso accolse la distinzione del malefizio (che denominò *reato*) in *misfatto* o reato grave, *delitto* o reato lieve, e *contravvenzione* alle leggi ed agli ordinamenti di polizia. Ma si allontanò dal medesimo in ciò che concerne 1) la dottrina del *dolo* nelle sue attenenze con l' età; 2) la dottrina del *danno* in cui distingue il conato e la consumazione ritenendo doversi il *conato* punire ma più mitemente del reato consumato; 3) la dottrina del concorso di più colpevoli in un medesimo reato distinguendo la complicità in *principale* o *necessaria*, e *secondaria* o *non necessaria*; 4) la dottrina del concorso di più reati in un sol colpevole distinguendo la *recidiva* cioè il ricader nel malefizio dopo una prima condanna, e la *reiterazione* o il ricader nel malefizio senza essere ancora punito per il primo.

IV. A rispetto della pena la legislazione del 1819 di molto si avvicinò alle dottrine di mitezza quando eliminò l' *infamia della pena*, la *confisca* e le *pene mutilatrici* non che quelle del *marchio* e della *gogna* e la mostruosa finzione della *morte civile* alla quale sostituì una perdita limitata dello esercizio di alcuni diritti senza ledere la *capacità giuridica* in generale. E solo come dominata dal principio dell' esemplarità preventrice conservò la pena capitale alla quale aggiunse il *perpetuo carcere*, i *ferri*, il *carcere temporaneo*, l'*esilio*, la *relegazione*, il *confino* e la *pena pecuniaria*.

V. A rispetto dei varî reati la legislazione del 1819 tolse dal Codice francese del 1810 parecchie sanzioni penali sui reati di lesa nazione, e di maestà, su' reati contro i varî ufficî dello Stato su' reati contro la tranquillità e la pubblica fede. Ma vi aggiunse rigorose punizioni ai reati di religione per l' efficacia di inveterate tradizioni. E pure non è a disconoscere che sui reati di sangue si appresentano importanti modificazioni come per esempio sulla maniera di avvisare l' omicidio nel calore della rissa. Ma con esso ritenne la novella dottrina del non doversi ogni omicidio punire con la morte (vita per vita) bensì riserbare la pena di morte per gli omicidii accompagnati da contingenze aggravatrici considerandosi la pena di morte come la più grave ep-

però tale da doversi infliggere a' più gravi d' infra tutti i reati.

VI. Quella necessità del procedimento *ex officio* che genera la così detta *azione penale* o pubblica per la punizione dei delitti, con l' elemento accessorio della *azion civile* venne svolta secondo i principii già posti col Regolamento del 1808 e con la Legge del 12 febbraio 1817 salvo poche modificazioni, fermandosi che il perseguire i delitti è debito del *Pubblico Ministero* come Magistrato instituito a rappresentare la inviolabilità della legge, salvo per taluni *misfatti* che ledono l' onore delle famiglie e per tutti i *delitti* che offendono i privati senza ledere l' ordine pubblico, nei quali casi l' azion penale dipende dalla privata *dimanda di punizione*, diritto che compete al privato offeso, oltre quello della semplice *denunzia* che compete a ciascun individuo. E dai Codici anteriori furono presi in parte gl' instituti dell' indulgenza del Principe, della prescrizione, della morte del reo, della remissione dell' offeso come mezzi di estinzione dell' azione penale.

VII. Le giurisdizioni penali erano già state instituite con la Legge del 1817 con cui sono in armonia le Leggi del 1819. E in quella Legge fu instituita oltre all' *autorità giudiciaria* propriamente detta la *Polizia giudiciaria* ed entrambe ebbero a base il principio che la *giurisdizione* propria o impropria emana dal Capo dello Stato attuandosi secondo la legge fondamentale dell'Ordine giudiciario. E furon distinti i Tribunali a seconda della distinzione della giustizia penale in *punitrice* pe' *misfatti*, *emendatrice* pei *delitti* e *preventrice* per le *contravvenzioni di polizia*; e, divisi localmente i vari Tribunali a seconda delle varie parti in cui dividesi il territorio dello Stato, fu posto di sopra a tutti un *Senato conservatore delle leggi* per censurare i pronunciamenti di tutti i Tribunali. E in fine fu riconosciuto il principio che la *competenza* è di ordine pubblico e non abbandonata all' arbitrio dei privati.

VIII. Il giudizio penale fu instituito secondo il sistema dei Codici moderni cioè congiugnendosi il sistema inquisitorio e l'accusatorio in un sistema misto ove l' *investigazione segreta* sia preparamento e la *discussione pubblica* sia fonte esclusiva del pronunciamento giudiciale ; e criterio fondamentale del procedimento e del giudizio fu riconosciuta la circoscrizione dell' arbitrio

del giudice nella cerchia delle forme legali. Queste forme son varie a seconda degli stadii del procedimento. Principio regolatore della *istruzione* è la ricerca del vero cioè il raccoglimento della *pruova generica* e della *pruova specifica* nei confini della possibilità senza aggravare la sorte degli individui; ed alla investigazione si congiugne la potestà della custodia preventrice, ma nel duplice confine di contemperare il bisogno della custodia con le garentie della libertà individuale, e di aprire una difesa a colui che è imputato per mezzo di *interrogatorio.* Fra l'istruzione e la discussione pubblica v' ha il *giudizio d' accusa* , che esamina se l' azione pubblica competa e se sia fondata sovra indizi sufficienti , nel fine di risparmiare ad un individuo le vessazioni di un giudizio penale. La pubblica discussione è poggiata sul triplice principio della libera difesa, della pubblicità dell' esame, della eguaglianza delle parti contendenti innanzi al giudice, cioè dell'*accusa* e della *difesa.* La pronunciazione è distinta nelle due parti dell' accertamento del fatto e dell'accertamento del diritto. E benchè queste sieno affidate ad uno stesso giudice pure la distinzione si appalesa nel duplice criterio, imperocchè alla pronunciazione di fatto presiede il *criterio morale* (incensurabile) ed alla pronunciazione giuridica cioè alla definizione del fatto ed alla inflizione della pena presiede il *criterio legale.* E sebbene la nostra legge discostisi dagli instituti francesi che pongono il giurì come tribunale di fatto pure vi sopperisce mediante un giudicio morale della coscienza pubblica con la *pubblicità della discussione* e *con la motivazione dei giudicati.* Infine la revisione della legalità dei giudicati affidata al Senato Conservatore delle leggi ha per criterio che *nullo debbe ritenersi tutto ciò che alla legge è contrario ;* onde nullo il pronunciato del giudice incompetente , nullo il pronunciato che fondasi sovra un procedimento contaminato da tragressione delle forme essenziali del rito, nullo il pronunciato che trovasi in opposizione coi dettati della legge.

FINE.

[illegible]

INDICE

—

NOZIONI PRELIMINARI §§ 1-10. . . . . pag. 1

LIBRO PRIMO. ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO PENALE.

CAPO PRIMO *Schizzo di una filosofia del Diritto Penale.*

I. Ricerca del supremo principio della scienza penale §§ 11-17 pag. 11

II. Applicazioni del supremo principio ai problemi principali della scienza penale §§ 17-30. . . . . pag. 19

CAPO SECONDO *Storia succinta del Diritto Penale* §§ 31-51 . . pag. 39

CAPO TERZO *Storia della scienza del Diritto Penale* §§ 52-61 . pag. 86

Note biografiche e bibliografiche. . . . . pag. 120

LIBRO SECONDO. CENNO STORICO DEL DIRITTO PENALE DELLE DUE SICILIE.

CAPO PRIMO *Considerazioni preliminari* §§ 62-63. . . . . . . pag. 133

CAPO SECONDO *Periodo di preparamento* (409-1129) §§ 64-66. pag. 136

CAPO TERZO *Periodo di incremento* (1129-1266) §§ 67-69 . . . pag. 140

CAPO QUARTO *Periodo di dissolvimento* (1266-1503) §§ 70-72 . pag. 145

CAPO QUINTO *Periodo di inesistenza civile* (1503-1734) §§ 73-75 pag. 149

CAPO SESTO *Periodo di risorgimento* (1734-1819) §§ 76-78 . . pag. 152

CAPO SETTIMO *Stato del Diritto Penale vigente* §§ 79-80. . . . pag. 155

LIBRO PRIMO

DELLA LEGGE PENALE

—

§ 1. *Considerazioni preliminari.*

Nella trattazione del Diritto Penale razionale la legge penale come riconoscitrice e non come fondatrice del medesimo debbe essere esposta dopo di essersi ragionato del delitto e della sua punizione. Ma nella trattazione di un Diritto Penale positivo che si attinge in leggi scritte egli è indispensabile incominciare dalla *legge penale* perocchè essa vien naturalmente presupposta dal *Diritto penale positivo* (salvo che si tratti di una società incipiente ove i *mores majorum* tengono il luogo della legge); ed anche perchè quando vi è un Diritto Penale positivo l'attuazione della giustizia penale si ha col mettersi in atto la legge nel *giudizio* e nell' *esecuzione* , il che dicesi *procedimento penale.* E nel dominio del Diritto positivo sendo la legge penale una delle branche della legge in generale, non è duopo andare investigando quale sia l'organo nè quali sieno le condizioni che essa deve inchiudere; conciosiacchè la legge è data, è *lex condita* ed *imperans* non *lex condenda.* Onde alla esposizione generale dei pronunciati del nostro Diritto positivo sul reato e sulla sua punizione egli è duopo che vada innanzi un breve trattato intorno l' efficacia della legge penale. La qual disamina vuol esser divisa in due parti. La prima è

quella che si aggira nel riconoscere quale atto possa dirsi rivestito della efficacia giuridica di legge, cioè della potestà di obbligare d'innanti a sè gli individui razionali; e l'altra è quella che si aggira intorno alle determinazioni quantitative di questa efficacia per conto della sua estensione.

—

CAPO PRIMO

Della legge penale come unica fonte della penalità positiva.

§ 2. *Degli atti della Sovranità dello Stato che han forza di legge in materia penale.*

La Sovranità giuridica dello Stato impera come un principio impersonale sovra le varie attività individuali. La legge è il modo onde si manifesta la impersonalità di questo imperio appalesandosi come una norma generale che abbraccia tutti gli atti e tutti gli individui sottoposti all'autorità dello Stato. E la legge penale in ispecialtà è il modo onde si manifesta la impersonalità di questo imperio nel campo del Diritto Penale. Di maniera che la si può diffinire nel suo significato pratico come *quella norma generale intorno le varie branche del Diritto Penale la quale emana dalla Sovranità dello Stato.* Alcuni adoperano la locuzione di legge penale nel solo senso di quella legge che avvisando alcuna azione come un malefizio le appone una pena. Ma questo significato abbraccia una parte della legge penale cioè la determinazione della penalità; ed a noi sembra che come il procedimento penale forma parte del Diritto Penale e vuole pertanto essere regolato da una legge, anco il nome di *legge penale* debba darsi a quella che governa il giudizio penale o l'esecuzione del giudicato penale. Ora perchè nei vari Stati vi sono taluni atti della Sovranità giuridica che non hanno il vigore di legge, egli è duopo fissare quali sono nel nostro Diritto positivo gli atti che la legge dello Stato riconosce come rivestiti della efficacia di legge penale.

L'antichissimo Diritto Romano vivea nella coscienza del popolo. Quando cominciò il Diritto scritto si considerò come fonti del medesimo le *leges (centuriatae* o *tributae)* i *Senatusconsulta* e gli *Edicta magistratuum*, benchè queste due ultime specie di fonti fossero state meno importanti per il Diritto penale. Ma al tempo dell' Impero s' aggiunsero come due fonti il Diritto cosuetudinario formato dall' *usus fori* e dalla *auctoritas prudentum*, e le *Constitutiones Principum* le quali si componevano di *edicta, rescripta, decreta, mandata* (1). Nelle nostre antiche instituzioni i Principi adoperarono vari nomi alle leggi che come abbiam veduto si dissero *Costituzioni, Capitoli, Prammatiche, Dispacci.*

Ferdinando I con due Leggi: l' una del 20 Novembre 1816, l' altra dei 24 Marzo 1817 statuì la necessità di formole esterne per discernersi gli atti del Governo; e questi atti divise in varie categorie: *legge, decreto, rescritto, lettera di ufizio*. La *legge* (in senso stretto) è adoprata quando le disposizioni che emanano dal Principe riguardano un obbietto qualunque che sia generale. Il *Decreto* è adoprato o quando il Principe determina il modo di esecuzione delle leggi o lo svolgimento dei loro principii ovvero quando trattasi di determinazioni speciali. Il *Rescritto* è adoperato come approvazione di determinazioni ministeriali per la esecuzione delle leggi e dei decreti, per l' osservanza di leggi cadute in desuetudine, per l'annullamento o l'approvazione degli atti di potestà amministrative, per la interpetrazione autentica delle leggi e dei decreti e per la decisione dei dubbi di legge. Le *lettere di ufizio* si limitano agli atti amministrativi. Sicchè le *Leggi* e i *Decreti* sono fonti legali di Diritto positivo; ed il *Rescritto* non può modificare il Diritto esistente ma solo interpetrare *autenticamente* le Leggi e i Decreti.

Or posto che fonte del Diritto Penale positivo è la legge manifestata nelle determinazioni sovrane (*leggi* e *decreti*), sorgono da ciò due pronunciati;

1) Stando la legge scritta non può riconoscersi in materia penale un Diritto Consuetudinario e vuolsi per contro ritenere come

(1) L. 1 § 1, D. de constit. Princ. — Vedi Rein, Diritto Crim. de' Romani, Introd. Sez. II.

indubitato l'adagio ***nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.***

2) Se la legge vuole essere interpetrata perchè la si possa applicare alle specie di fatto, l' interpetrazione debbe essere restrittiva.

§ 3. *Svolgimento del primo pronunciato sulla consuetudine* (1).

La consuetudine consiste nell' *usus fori* cioè nell'*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* perocchè mancando la legge come norma generale e preesistente, essa si vien formando da'casi simili; ed i *casi* appariscono per appunto nei giudizi. Questa consuetudine può essere manifestazione del Diritto nelle società incipienti, ma allorchè la coltura si è rivelata in una data nazione, unica manifestazione del Diritto debbe essere la legge, ed inefficace dee ritenersi l' azione di ogni altro principio dalla legge diverso.

Il Diritto Romano riconoscea come fonte del giure la *consuetudine*, e a dimostrazione di questa richiedea l' *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* (2). Se non che da parecchi luoghi del Diritto giustinianeo si ha il principio: *non exemplis sed legibus judicandum* (3); ed un esempio se ne ha nelle L. 9, 10 D. de extr. crimin. — Nel nostro Regno era fermato dall' uso stesso doversi ricorrere al Diritto Patrio ed in mancanza di questo al Diritto Comune o romano; e in mancanza di questo alle Decisioni dei Tribunali superiori come la Gran Corte della Vicaria ed in mancanza anco di queste Decisioni alla autorità dei *Doctores* che interpetravano i detti legislativi. E così l'*usus forensis* e la così detta *doctrina* avean vigore di legge, in difetto di speciali determinazioni; onde l' incertezza, l' arbitrio ed un continuo tentennare fra mitezza inopportuna ed ingiusta ferocia (4).

La legge del 1808 fu quella che fermò il principio dello esclusivo vigore della legge come fonte di Diritto penale positivo.

(1) *Weisse* De vi consuetud. in causis criminal. (Lips. 1813). *Königswarter* De juris crimin. placito: nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali (Amstelod. 1835).

(2) l. 38 D. de leg.

(3) L. 113 D. de sentent. et interloc. — Cf. L. 3 C. quae sit long. consuet.

(4) *Ulloa* Dell' ammin. della giustizia penale nel Regno di Napoli. Vedi Prammatica del 1774 per l' ordine dei giudizi.

A questa si rannoda il nostro sistema legislativo non pure col vietare all' autorità giudiciaria il pronunziare in generale in via di regolamento, ma anche col determinare mercè la Legge Organica del 1817 che nelle materie criminali correzionali e di polizia i Giudici non potranno pronunziare altre pene allo infuori di quelle determinate dalle leggi e nei soli casi dalle medesime stabiliti (1).

§ 4. *Della Interpetrazione della legge penale* (2).

L' applicazione della legge non è possibile senza l' interpetrazione di essa. Ma bisogna distinguere l' interpetrazione di legge nel senso di pronunciazione sul contenuto di un comando per se chiaro della legge da ogni risoluzione intorno ai dubbi che presenta un comando legislativo oscuramente espresso. Certamente che nelle materie penali una legge oscura ed ambigua non può mai dirsi violata perchè non si può negare col volere ciò che la mente non può affermare dinanzi a sè stessa nella coscienza. Epperò l'interpetrazione criminale deve aggirarsi nel riconoscere che un dato fatto speciale risponde come realità concreta all' ipotesi astratta della legge penale. Dal che si desumono due dottrine:

1) Se la legge è chiara l' interpetrazione è limitata dalla *lettera* della legge e non può esser fatta oltre i confini della medesima ; cosicchè il criterio regolatore sta nel limitarsi al sistema di interpetrazione deduttiva senza invadere il dominio della interpetrazione induttiva o analogica (*a similibus ad similia*).

2) Ne' dubbi e nelle oscurità della legge bisogna risalire allo spirito della medesima solo per eleggere il senso più mite.

Nel Diritto Romano noi troviamo sanzionato questo secondo pronunciato della interpetrazione benigna nel caso di dubbiezza (3). Ma il primo pronunciato non era stato rispettato perocchè

(1) L. Org. del 1817 — art. 200.

(2) *Jordan*, sulla interpetraz. delle leggi penali (ted. Landshut. 1818) — *Cock*, de argumento ab analogia eiusque a legis interpretatione differentia (Dav. 1821) — *Elout* De interpretatione in jure crim. (Lugd. B. 1822)—*Von. Campen* de interpret. leg. crim. extens. (Lovan. 1829).

(3) L. 10, 1 § D. de reb. dub. — l. 32, 42 D. de poen. — l. 3 D. de const. Princ. — l. 18 D. de leg. — l. 56, 155 § 2 D. de reg. jur.

la scarsezza di leggi su la penalità necessitava l'*analogìa legale* (1). Ed oltre a ciò vi furono dei casi in cui si riconobbe il *parallelismo* o *l'analogìa giuridica* cioè il considerare non quale sia stato ma quale avrebbe dovuto essere l'intendimento del legislatore (2); avvegnacchè parecchi luoghi respingano questa dottrina (3). Nel Diritto Canonico si perpetuò l'analogìa legale escludendosi il parallelismo (4). E nell' antico Diritto del Regno l' *analogìa* si trasfuse in questi confini di analogìa legale.

Quando la voce del Montesquieu del Beccaria e di altri molti sorse ardita contro l' interpetrazione estensiva nelle materie penali e propugnò l' interpetrazione letterale, i nuovi Codici accolsero questa dottrina della scienza. E tra noi l' art. 8 del Titolo preliminare del nostro Codice statuisce che le leggi le quali restringono il libero esercizio dei diritti di ciascuno debbono essere interpetrate restrittivamente, applicandosi nei soli casi espressi dalla legge. Se non che noi crediamo che il principio della interpetrazione razionale non voglia esser posto da banda quando trattandosi di dubbio ed oscurità della legge si concilii col favore dell' umanità; di maniera che il giudice risalendo allo spirito della legge dee piuttosto migliorare la condizione dei giudicabili. *Interpretatione poenae potius molliendae quam exasperandae.*

—

CAPO SECONDO

Della efficacia estensiva della legge penale (5).

§ 5. *Partizione.*

Noi dicemmo (Proped. § 24) che la legge, non essendo identica al Diritto perocchè ne è la incarnazione, non può avere l'imperio

(1) L. 12, 13, 27 D. de leg. — l. 6 § 1 D. deverb. sign.
(2) L. 1 § 1 D. si is qui test.
(3) L. 14 § 14 D. de relig. — L. 13 § 1, l. 244 D. de verb. sign.
(4) C. 6, 8, 10 de V. S. — C. 49 in VI de reg. jur.
(5) *Berner* sfera d' attività della legge penale secondo lo spazio il tempo e le persone (ted. Berlino 1853).

universale del Diritto, bensì un imperio limitato sugli uomini e che queste limitazioni possono avvisarsi dal lato dello spazio e del tempo, e che in questi confini debbe imperare egualmente sulle persone. Così noi porremo tre punti di vista in questa disamina: il tempo, lo spazio e la condizione delle persone.

I. EFFICACIA DELLA LEGGE PENALE A RISPETTO DEL TEMPO.

§ 6. *Generalità.*

Perchè la legge penale cade nel dominio del tempo vi ha un momento nel quale dee cominciare la sua efficacia ed un momento nel quale essa dee reputarsi cessata. Quanto al cominciamento la legge non può obbligare dal solo momento in cui esiste ma da quello in cui è nota la sua apparizione nel tempo. Quanto alla limitazione della sua durata la legge obbliga finchè non è revocata da altra legge.

§ 7. A. *Tempo in cui la legge comincia ad essere obbligatoria.*

Se egli è il vero che la promulgazione è l'atto di notificazione della legge esistente non basta che la sovranità notifichi l'esistenza della legge ma egli è duopo che accerti quando le intelligenze abbiano ricevuto una tal notificazione. Epperò gli è duopo di un termine fissato dalla legge, elasso il quale si presuma nota la promulgazione e con la promulgazione la legge stessa. Il principio romano è: *lex non obligat nisi rite promulgata.* Ma nelle leggi romane non trovasi designato il momento in cui la legge comincia ad essere obbligatoria (1). Nel Medio Evo i giudici prima di applicare una legge si trovavano necessitati a verificare in qual giorno la si fosse pubblicata nell' un Comune o nell'altro, ed una tal quistione era lasciata a pruove storiche sempre dubbiose, ed

(1) Giustiniano con la Nov. LXVI prescrisse doversi dopo due mesi dal giorno della insinuazione tener per obbligatorie alcune sue leggi: ma lasciando stare che Giustiniano parlava di due leggi poco innanzi da lui pubblicate, la stessa Nov. LXVI cadde in disuso col cader dell' Impero.

allo arbitrio del giudice. E fra noi sendo da Carlo I Angioino (1) ingiunta espressamente la promulgazione delle leggi, i Giureconsulti opinarono che dovessero decorrere due mesi dalla promulgazione per cominciar l'esecuzione della legge. Solo il Rapolla avvisò che dove la legge non avesse fissato il tempo da cui debbasi intendere cominciata la sua efficacia, dipende dalla prudenza del Giudice il valutare se vi è stato intervallo sufficiente a presumersi la sua cognizione.

Dietro l'efficacia delle leggi novelle il nostro Codice vigente nell'articolo 1 ha determinato il momento preciso in cui una legge comincia ad essere obbligatoria. Questo momento non è quello della promulgazione stessa ma è quello in cui si presume a notizia di ciascun Comune la promulgazione della legge fattane dal Re. Laonde il legislatore traduce quasi letteralmente il principio romano: *Lex non obbligat nisi rite promulgata* quando nel 1.° comma dell'art.° 1 dice: Le leggi obbligano in tutto il territorio del Regno *in virtù della promulgazione*. Ma nel 2.° Comma la nostra legge enuclea le determinazioni speciali per la presunzione di notizia della promulgazione cioè fissa un termine elasso il quale la legge presumesi a tutti nota perchè promulgata ed obbligatoria per tutti in virtù di questa promulgazione. E questo termine è quello di un giorno dopo la promulgazione, aumentato a seconda della distanza de' vari luoghi da quello in cui la promulgazione si esegue (2). A questa dottrina che la legge obbliga in quanto è nota si rannodano due conseguenze giuridiche:

1) quella della presunzione di cognizione della legge;

2) quella del divieto di retroattività della legge novella su'fatti alla sua promulgazione anteriori.

(1) Cap. *Item praedicta.*

(2) « La promulgazione è legalmente a notizia 1° del comune, in cui è stata fatta la promulgazione, il dì seguente — 2° dei comuni della stessa Provincia altrettanti giorni dopo il dì seguente alla promulgazione quante sono le venti miglia di distanza dal Comune della promulgazione — 3° dei capiluoghi della provincia al di qua e delle valli al di là del faro il dì seguente alla promulgazione colla giunta di altrettanti giorni per quante venti miglia sono distanti dal comune della promulgazione — 4° e finalmente degli altri comuni delle province e delle valli con le giunte di altrettanti giorni per quante venti miglia sono distanti dalla capitale. » (Cod. Disp. prel. Art.° 1).

§ 8. *Continuazione. Dell'* ignorantia *e dello* error juris (1).

Al pronunciato legislativo della presunta notizia rannodasi l'aforismo del giureconsulto Paolo: *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere* (2). Ed alla *ignorantia* vuolsi pure congiugnere *l'errore di Diritto*. Questo principio nelle leggi romane trovava eccezioni in alcuni casi speciali: 1.° per le donne (3), 2.° pei minorenni (4); 3.° pei rustici od idioti (5); 4.° pe' milites (6). Ma il principio riconosciuto nelle attuali condizioni si è che la legge si presume a tutti nota come esistente quando è legalmente nota la promulgazione fattane dal Principe epperò non iscusa punto l'ignoranza o l'errore del Diritto gli esseri umani che sieno nel pieno possesso delle facoltà intellettive (7).

§ 9. *Continuazione. Del divieto di retroattività* (8).

La legge deve disporre per l'avvenire; essa non può avere efficacia sul passato appunto perchè non era nota alla coscienza del delinquente prima di essere notificata; oltre che non può dirsi conculcata una legge che non sussiste per ancora. Questo principio non bene fermato ne'tempi della Repubblica romana fu consecrato dal Diritto Imperiale (9) eppure soggiaceva ad alcuna re-

(1) *Rosshirt*. Dell' ignoranza del diritto (nel N. Arch. tom. IX, p. 491-528) — *Birnbaum*. Della ignoranza del Diritto (nel N. Arch. t. XI, p. 101-142) — *Heffter* Dottrina dell' ignoranza e dello errore (nel N. Arch. t. XII, p. 131-141. —

(2) L. 9 pr. D. de jur. et facti ignor. — l. 12 C. eod.

(3) l. 15 § 4, 5 D. ad L. Corn. de fals. l. 4. pr. l. 1 § 10 D. ad Sc. Turp.— l. 38 § 4 D. ad L. Jul. de adult.

(4) l. 9 § 2; l. 37. § 1 D. de min. — l. 38 § 4, 7 D. ad L. Jul. de adult.— l. 2 C. si adv. delict.

(5) L. 7 § 4 D. de jurisd. — 1. 3 § 22 D. ad SC. Silan.

(6) L. 4 § 15 D. de re milit.

(7) Arg. dall' art.° 1. LL. CC.

(8) *Vande Poll*. De vi legis novæ in crim. antea comm. pœna. (A sust. 1834) — *H. A. Zachariæ* Sulla forza retroattiva delle nuove leggi penali (ted. Gott. 1834)—*Abegg*. Dell' effetto delle leggi penali sugli atti anteriori alla loro pubblicazione (ted. negli Arch. di Dir Crim. t. XIII, p. 167. seg).—*Schwarze* Avvertenze alla dottrina della retroattività delle leggi penali (ted. nell' Arch. del Dir. Crim. Anno 1857 p. 371).

(9) L. 1 pr. D. de poenis — L. 7 C. de leg. —

strizione come nella legge di Giustiniano contro l'incesto (1). Il nostro Diritto vigente ha formolato,nell'art.° 2 delle disposizioni preliminari al Codice,che la legge dispone solo per l'avvenire, che la legge non può avere effetto retroattivo. E di ciò non si appagando ha riprodotto con maggior precisione il pronunciato che la legge non può operare sul passato cioè non può punire i fatti anteriori alla sua esistenza, i quali se son da punire vogliono essere trattati con quella legge che imperava al momento della loro apparizione. L'art.° 60 delle LL. PP. statuisce che niun reato può essere punito con pene che non erano pronunciate dalla legge prima che fosse commesso.

Se non che il principio della niuna retroattività riceve una eccezione dettata dalle più alte verità della scienza. La legge stessa fissa nel 2.° Comma dell'art.° 60 che la legge penale posteriore quando è più mite di una legge anteriore ha forza retroattiva su fatti consumati durante la signoria di questa legge. E ciò non è un instituto *humanitatis causa* ma un dettato della giustizia. Imperocchè il mitigarsi con una legge posteriore la pena per un dato reato già fermata con una legge anteriore, essendo un reputare ingiusto il punire quel reato con pena maggiore, se non si apponesse la pena più mite si verrebbe a perpetuare una ingiustizia , dove per l'opposto se la pena è esasperata dalla legge posteriore, la pena di questa non può infliggersi perchè il reo non potè conoscere la legge che l'infligge. E qui vuolsi aggiugnere l'altro pronunciato della legge che qualunque disposizione sovrana che cancella un'azione dalla classe dei reati e ne abolisce per regola generale la pena toglie di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna (2) Di maniera che sebbene in virtù di legge anteriore esista procedimento e condanna per un reato bisogna tenere per fermo che la novella disposizione cancella all'intutto il procedimento e perfino l'efficacia della condanna cui questo procedimento ha fatto capo.

Una seconda eccezione al divieto di retroattività sta nelle leggi

(1) Nov. XII.
(2) Art.° 91 LL. PP.

di procedimento penale e nelle leggi giurisdizionali. La maggior parte dei giureconsulti ritenne come inconcusso un tal pronunciato perocchè non trattasi di diritti acquistati dagli individui ma di instituti di ordine pubblico indirizzati alla migliore attuazione della giustizia sociale. Gli scrittori della *Teorica del Codice penale* furono i primi ad impugnare questa dottrina mostrando non essere dettata dalla legge una tale eccezione anzi repugnare alla giustizia perchè le forme dei giudizi son pure un diritto dell' accusato nè possono essergli tolte da una legge posteriore. Altri scrittori come il Rauter proposero delle distinzioni; e la quistione è da vari lati agitata. Ma per le nostre condizioni la quistione è risoluta. Già una circolare del 20 Ottobre 1819 dichiarò che il novello rito non debbe attuarsi quando procedesi criminalmente per un fatto su cui procedeasi correzionalmente secondo l' antico rito. Ma posteriormente un Sovrano Rescritto del dì 15 Agosto 1821 fermò che le leggi di competenza e di procedimento s' insignoriscono all' istante delle cause nuove e delle preesistenti le quali non si trovino diffinitivamente decise.

Da ultimo se riconoscesi da tutti gli scrittori che le leggi interpetrative o interpetrazioni autentiche fanno eccezione al divieto della retroattività, questo pronunciato non può essere accolto nelle materie penali; ma per l' opposto vuolsi applicare la stessa norma dell' art.° 60 LL. PP. Se l' interpetrazione autentica estende il significato di una legge penale a fatti che per lo innanzi non erano riconosciuti come in essa compresi, se l'interpetrazione autentica attribuisce ad una legge penale effetti più gravi di quelli che erano prima ad essa tribuiti, la retroattività sarebbe ingiusta, perchè verrebbe a fermare che un individuo già conoscea quel divieto che ha avuto bisogno di una autentica dichiarazione per divenir noto in tutta la sua pienezza; e come oscuro era il dettato della legge anteriore, non può dirsi che in quel lato oscuro sia stato violato. Se d'altro canto la interpetrazione autentica dichiara menomati i casi che prima si credean compresi nella legge penale o mitiga gli effetti di una legge penale chiaro è che in tal caso la legge d'interpetrazione debbe essere retroattiva; imperocchè se il 2° comma dell' art. 60 LL. PP. dà vigore retroat-

tivo ad una legge mitigatrice quando è certo che la legge anteriore era più grave, a maggior ragione bisogna riconoscere nella legge d' interpetrazione questa retroattività perocchè in tal caso si ha la certezza che quella mitigazione è stata sempre il pensiero del legislatore malgrado l' oscurità e l' ambiguità del dettato.

§ 10. — B) *Tempo in cui cessa l' efficacia della legge penale.*

Le leggi umane non sono destinate alla perpetuità ma periture come l' uomo hanno vigore giuridico finchè un novello riconoscimento autorevole del Diritto non sottentri all' antico. Il Diritto Romano insegnava che la legge ha valore finchè non sia annullata, e che un tale annullamento può avverarsi o per opera del legislatore o per tacito consenso di tutti. La revocazione del legislatore pigliava vari nomi, cioè *abrogatio, derogatio, obrogatio.* La revocazione tacita avea luogo per *desuetudine* (1). Questo stesso sistema si perpetuò nelle instituzioni del Medio Evo sicchè parecchie leggi patrie caddero in desuetudine senza essere espressamente revocate. Ma per le leggi nuove, in virtù dello art. 1 del Codice vigente l'uso contrario alla legge non può mai passare in esempio e rimane sempre violazione del giure. La rivocazione deve discendere da un' altra legge della Sovranità giuridica dello Stato la quale o abroga espressamente la legge esistente, ovvero la rivoca tacitamente quando è in opposizione con essa, in virtù del principio : *lex posterior derogat priori.*

II. EFFICACIA DELLA LEGGE PENALE A RISPETTO DEL LUOGO (2).

§ 11. *Nozione razionale.*

Il Diritto si manifesta come legge nei vari popoli e a seconda che i popoli meglio si vanno svolgendo nella loro personalità ci-

(1) L. 102 D. de verb. sign. — L. 32 D. de leg.

(2) *Boehmer* De delictis extra territorium admissis (Gotting. 1749). — *Rudolph* de poena delictorum extra territorium admissorum (Erlang. 1790). — *Ruschleb* Comment. de princ. jur. civ. publ. et gent. circa comprehensionem punitionem vel remissionem peregrinorum qui in alieno territorio deliquerunt

vile assumono una sfera esteriore che costituisce la loro vita corporea; e questa sfera è il *territorio* che fa di un popolo una *nazione*. Il principio territoriale è di sua natura un principio universale, in quanto che richiede che ciascuna nazione si costituisca organo del Diritto; onde ciascuno Stato debbe essere indipendentemente dagli altri *Sovrano nel suo territorio*; e la legge è di sua natura *territoriale* come manifestazione della Sovranità dello Stato ed obbliga tutti indistintamente sieno cittadini sieno stranieri a nome dell' unità e della imparzialità della giustizia. Una sola eccezione vuolsi riconoscere a questo principio, cioè che le leggi le quali fissano lo *stato* e la *capacità giuridica* delle persone ponendo alcun che d' indelebile nella personalità dell'individuo senza poter soggiacere alle determinazioni che vengono dalla attività del medesimo, non possono mutarsi a seconda dei luoghi ov' egli si ritrova. Di maniera che la legge penale considerata dal punto di vista del luogo abbraccia indistintamente tutti gli individui che si trovano nel territorio dello Stato o che sieno nazionali o che sieno stranieri.

§ 12. *Nozioni storiche.*

Nel Diritto Romano questo principio si manifestò vigoroso benchè non si riconoscessero come legittime tutte le conseguenze del medesimo. L'orgoglio nazionale di Roma la menava a ritenere il suo territorio come inviolabile, ma pure non riconoscea questo diritto nelle altre nazioni epperò nol riconoscea come norma generale. La nota di *civis romanus* era di tanta importanza da non con-

(Gotting. 1800). — *Egger* Sulla punizione dei delitti commessi in paese straniero (ted. negli *Annali per la Scienza delle leggi* Vienna 1809 t. IV, n. 3). — *Abegg* Sulla punizione dei delitti commessi in paese straniero (ted. Landshut, 1819). — *Homan* De delictis peregrinorum eorumque puniendi ratione (Groning. 1823). — *Wens* de delictis a civibus extra civitatem commissis eorumque puniendi ratione (Gron. 1824). — *Sigendeek* Quid jure criminali tum philosoph. tum hod. belg. praecipitur de puniend. fact. lege civit. poenali vetitis sed extra territ. ejus commissis. (In Ann. Acad. Lugd. Bat. 1827, 1828). — *Puraxe* Quatenus vel in regno vel extra regnum delinquentes nostris legibus poenalibus teneantur (Lov. 1826). — *Cosman* Diss. de delictis extra civitatis fines commissis (Amstel. 1829, 8°). — *Vanaschoen Wyck* De delictis extra territorium admissis (Ultraj. 1839).

siderarsi come pienamente partecipi di diritto gli uomini che sebbene non fossero *cives* trovavansi sul territorio romano come i *peregrini* e i *servi*. Non dimeno se i *peregrini* e i *servi* non aveano tutti i diritti aveano l' obbligo di non violare i diritti d'altrui, di non calpestare i dettati della giustizia, e potevano per conseguenza considerarsi come sottoposti allo imperio della legge penale. Così possiamo additare i pronunciati infrascritti come propri del Diritto Romano.

1° Il *civis* che commettea delitto era soggetto alla legge penale romana, quantunque volte offendesse un *civis romanus* sia nel territorio di Roma sia fuori del territorio. E per rispetto all' offesa fatta dal *civis* contro un *peregrinus*, sia nel territorio romano, sia fuori del medesimo, il punire da prima era dello Stato cui l' offeso apparteneva, onde sorgeva in questo il diritto di domandare il reo secondo il *jus feciale;* ma quando Roma si fè potente volle per sè sola la consegna del reo punendo con legge romana il *civis* che avea leso il *peregrinus* (1).

2° Il *peregrinus* o quando nel *locus* offendesse un *peregrinus*, o quando fuori del *locus* offendesse un *civis*, o quando contra il *civis* e nel *locus* commettesse delitto era sempre soggetto alla Sovranità di Roma come punitrice. Ma nel primo caso era il *peregrinus* per gravi casi punibili *ex jure gentium*, punito dal Senato, o dal *Praetor peregrinus* ma nè secondo il Diritto di Roma nè col processo romano. — Nel secondo caso se ledeva il *civis* in Italia o in una Provincia era giudicato per gravi delitti dal Senato romano e per i lievi dal Proconsole col diritto di appello a Roma. E finalmente se ledeva il *civis* nel territorio romano al tempo della Repubblica era punito dal *Praetor peregrinus* o dal Console , e , nel tempo imperiale, dal *Praefectus urbi* (2).

3° E finalmente il *servus* era come il cittadino soggetto alla legge penale di Roma salvo pochissime eccezioni desunte dalla sua stessa condizione, come avveniva a rispetto delle pene pecuniarie (3).

(1) Val. Max. IV, 1, 15 — II, 7, 15 — Liv. VI 17, — Dion. II , 37 , 51, 72 — III, 37, 39 — IV, 50 — V, 50 — Polyb. XXIII, 13, 14.

(2) Polyb. VI, 13. — L. 1 § 4 D. de off. praes. urbi.

(3) L. 5 D. de accus. — L. 2 D. de cust. reor. — L. 1 § 1, 2 ; L. 10 pr. § 1 ; L. 16 § 3 ; L. 28, § 4, 11, 16, D. de pœnis. —

Nel Medio Evo apparve il principio della personalità delle leggi e tra noi si statuì doversi applicare varie legislazioni *prout qualitas litigantium exegerit* (1). Al sorgere dell'interpetrazione romana venne fuori la distinzione di *Statuto personale* e *Statuto reale*. E le opinioni dei Dottori l'accolsero; ma niun atto legislativo avea segnato il dominio dell'uno e quello dell'altro. Solo per costante tradizione le leggi di penalità come indirizzo a tutelare l'autorità dello Stato si reputavano ancora tali da imperare non solo su'sudditi della potestà civile ma altresì su quelli che transitoriamente si trovavano sudditi per la loro dimora o domicilio nel territorio ammettendosi come credenza che lo abitare un territorio fosse lo stesso che sottoporsi allo imperio della Sovranità territoriale. D'altro canto atteso la efficacia del principio romano della *civitas* parecchi scrittori, tra'quali Giulio Claro e Tiberio Deciano voglionsi allogare, insegnarono il principio della competenza del *giudice del domicilio* daccanto a quello della competenza del *forum delicti commissi*, allorchè si trattasse di fatto criminoso che tocchi lo Stato del quale il delinquente è cittadino o la persona di un cittadino. Ed a poco a poco si venne a ritenere che la legge penale di uno Stato può stendere il suo impero fuori del territorio sia per punire fatti che quantunque consumati in terra straniera ledono esclusivamente lo Stato cui la legge penale appartiene, sia per punire fatti criminosi dei nazionali che ledono sebbene fuori del territorio i nazionali stessi quando il potere territoriale del luogo del delitto non li punisce.

§ 13. *Diritto vigente.*

Il nostro Diritto vigente ha consecrato il principio comunemente accolto dalle nazioni moderne che la legge ha efficacia in tutto ed in solo il territorio dello Stato imperando su tutti indistintamente quando trovansi nel territorio dello Stato sieno nazionali sieno stranieri, sia che vi si fermino sia che vi si trovino di transito; salvo la eccezione per quelle leggi che concernono lo

(1) Const. *Puritatem.*

stato e la capacità delle persone, e che accompagnano come tali il cittadino ovunque ei si ritrovi (1).

Da questo principio raccogliesi: 1) che il nazionale è sempre punibile secondo la nostra legge quando delinque nel territorio o che offenda il nazionale o che offenda lo straniero; 2) che lo straniero è sottoposto alla legge penale dello Stato o che offenda il nazionale o che offenda lo straniero quando delinque nel territorio dello Stato; 3) che la legge del luogo debbe sempre applicarsi anche quando il maleficio consumato nel luogo lede una persona che non risiede in quel medesimo territorio; 4) che per i fatti consumati fuori del territorio dello Stato la legge penale non ha vigore; 5) che non vi debb' essere entro del territorio alcun luogo ove l'efficacia della legge penale non si avveri, sicchè vuolsi guardare come erronea instituzione del passato quel privilegio locale che dicesi *diritto di asilo*.

Ma a chiarire questi pronunciati egli è duopo ragionare alquanto più distesamente di una tal materia.

§ 14. *Continuazione — Del territorio.*

Prima di ogni altra cosa, egli è duopo spiegare che cosa abbiasi ad intendere per territorio di uno Stato. Imperocchè nella tecnologia del Diritto pubblico la voce *territorio* è alquanto diversa nel suo significato dal comune modo di determinazione fondato nelle pure attenenze naturali.

Il territorio di uno Stato nel linguaggio del Diritto pubblico ha una significazione che si connette con l'idea che esso rappresenta. Ogni Stato debbe avere un territorio come teatro esteriore della sua vita, come sfera di attività nella quale si aggira la personalità del popolo intero. Epperò esso comprende tutti i luoghi naturalmente sottoposti alla Sovranità dello Stato e si termina ai suoi confini naturali o convenzionali. Ma per fizioni giuridiche le quali si fondano sul principio suenunciato il Diritto delle genti estende il territorio a parecchi luoghi ove la Sovranità dello Stato

(1) Art. 5 del Codice civile.

si appalesa. Così formano parte del territorio: 1) i luoghi ove sventola la bandiera nazionale, come quelli occupati da un esercito nazionale, e i luoghi ove siedono in paese straniero i *consolati nazionali* come rivestiti di una potestà di polizia e di una data giurisdizione su' nazionali; — 2) il mare detto *proximum* o *territoriale* cioè quella parte del mare che costeggia la terra fin dove possono dominare i mezzi di aggressione o difesa del territorio; — 3) le *navi* appartenenti alla nazione, col divario che le *navi da guerra* e le *navi mercantili* in pieno mare cioè nel *mare liberum* sono continuazione del territorio nazionale, ma nel *mare proximum* solo le navi da guerra si possono considerare come territorio dello Stato cui appartengono, non già le navi mercantili le quali soggiacciono alla legge dello Stato cui il *mare proximum* si appartiene (1).

§ 15. *Continuazione. Del diritto di asilo* (2).

Or quì cade in acconcio favellare di un antico instituto oggimai abolito dal dominio della giustizia penale e che poneva una negazione all' efficacia della legge penale entro del territorio. Infin da tempi remotissimi il diritto d' asilo (ἀ-συλον) in virtù delle credenze religiose poneva sotto l'egida del tempio, dell'altare e delle statue degli Iddii i malfattori che vi si rifuggivano. E nell'Oriente e nella Grecia vi erano luoghi consecrati ove era immune il reo da ogni maniera di persecuzioni. Così parimente a Roma i templi servivano di rifugio prima agli schiavi profughi e poscia a'malfattori (3). E quando il Cristianesimo trionfò nel mondo romano i

(1) Un Rescritto dei 27 Maggio 1834 ha fermato: 1) che quando si commettano misfatti a bordo dei legni mercantili di nazioni estere nei porti dei reali dominii ne' quali sieno interessati regii sudditi, che sia turbato l' ordine pubblico o che essendo avvenuto il misfatto tra l'equipaggio del legno vi sia istanza delle parti, procedano i Magistrati del Regno — 2) che quando si commettano a bordo di detti legni dai loro equipaggi colpe soggette a pene correzionali che non turbano la tranquillità del porto o anche misfatti nei quali niun suddito della M. S. sia interessato o anche non vi sia fatta istanza, le autorità locali non debbano mischiarsene salvo che il Console della nazione o il Capitano non chiegga braccio forte.

(2) *Van Espen*: De asylo templorum (*Jus Eccl. Univ. tom. IV.*)

(3) L. 28 § 7 D. de poenis — L. 5 D. de extraord. crim. — L. 19 § 1 D. de aedil edict.

suoi tempii divennero pure asilo (1). Teodosio il giovane e Valentiniano ampliarono questo diritto d'asilo (2). Sicchè furon tenuti colpevoli di sacrilegio e puniti di morte coloro che violassero le *immunità della Chiesa* (3). Ma Giustiniano restrinse il diritto dell'asilo negandolo agli omicidi agli adulteri ai rapitori di giovanette (4). Nei tempi di mezzo il diritto di asilo si riprodusse sciolto da ogni limitazione (5); chè anzi vi si unì l'asilo feudale. Ma al risorgere della civiltà si riconobbe la illegittimità del medesimo onde a poco a poco disparve. Così tra noi sorsero controversie circa l'immunità de'luoghi ecclesiastici. Alle quali diè fine Carlo III col Concordato del 1741 escludendo dall' asilo gl'incendiarii, i propinatori o spacciatori o autori di veleni, i rei di assassinio, i grassatori di strade, i falsificatori, i rei di maestà; e fermando solo doversi implorar licenza dall'autorità ecclesiastica per estrarre dalle chiese i colpevoli che vi si fossero rifuggiti. E questo stesso principio fu riconosciuto con la Convenzione tra il Pontefice ed il nostro Governo in data dei 16 Aprile 1834 sanzionata con la Legge del 30 Settembre 1839, cioè il divieto di carcerazione nel tempio durante il servigio divino o senza licenza del rettore di quel tempio ove il colpevole si fosse rifuggito. Ma tranne questa eccezione la regola generale è che non vi ha niuna parte del territorio che possa dirsi tale da sottrarre gl' individui all' azione della legge penale.

§ 16. *Continuazione. Eccezioni al principio territoriale.*

Non pertanto il Diritto vigente statuisce alcune eccezioni alla efficacia del principio territoriale giusta la tradizione romana, in virtù della quale lo Stato conserva il diritto di perseguire i suoi nemici diretti per quei fatti che abbian commesso fuori del territorio e il diritto di sottoporre alla giustizia penale le offese dei

(1) L. 2 C. De his qui ad ecclesiam confug.
(2) L. 3 C. eod.
(3) L. 5, 7 C. eod.
(4) Nov. 17 C. 7.° in princ.
(5) Baluze t. I, p. 98, 251, 389.

nazionali verso i nazionali che commesse in paese straniero non sono state dalla Sovranità straniera sottoposte a punizione.

1.° L' art. 6 delle Leggi di Procedura Penale ha fermato che nel Regno e secondo le leggi del Regno può essere esercitata l'azione penale contro i nazionali che fuori del suo territorio si sieno renduti colpevoli di misfatto contro la sicurezza dello Stato (*crimina perduellionis et laesae majestatis*) o di contraffacimento di monete nazionali, di fedi di credito, di polizze di banco o di qualunque altra carta di pubblico ufiziale atta a trar danaro dalle pubbliche casse. E la Legge dei 14 ottobre 1843 estende questa disposizione agli stranieri che sieno autori o complici dei reati ivi espressi.

2.° L' art. 7 delle Leggi di Procedura Penale ha fermato che nel Regno e secondo le leggi del Regno si può esercitare l'azione penale contro i nazionali che fuori del suo territorio si sieno renduti colpevoli di misfatti commessi tra loro, quante volte l'imputato faccia ritorno nel Regno e non sia stato giudicato in paese straniero. E quì la legge soggiugne che se tra le leggi de'due territorii siavi diversità di pene la pena da applicare sarà sempre la più mite. Ed oltre a questa disposizione che risponde al principio della retroattività della legge posteriore più mite su' fatti anteriori, il Decreto del 22 Dicembre 1834 dispone che le pene delle leggi del Regno potranno secondo le circostanze esser diminuite di un grado quando trattasi di misfatto avvenuto nell' estero di cui facciasi giudizio nel Regno. La qual mitigazione non è applicabile a' casi dei delitti di alto tradimento o di lesa maestà o di falso nummario o di falso a danno del pubblico erario.

§ 17. *Transito ad altri instituti.*

Finalmente a compiere la dottrina del principio territoriale egli è mestieri che si ragioni di due instituti: l' uno dei quali è l'*immunità dei legati*, e l' altro è il *jus extraditionis*, che richieggono speciale attenzione perchè si concatenano al Diritto delle genti.

§ 18. *Immunità dei legati* (1).

Ogni Ambasciadore o agente diplomatico rappresenta l'intervento della propria nazione nel territorio al quale egli è straniero per tutte quelle attenenze che concernono i diritti e gli obblighi internazionali. Da questo instituto deriva che gli organi ai quali è affidato il rappresentare la personalità civile delle nazioni sono inviolabili come questa in qualunque territorio si ritrovino. Non è già che il Diritto richieda l'impunità dei medesimi; ma a punirli è competente la Sovranità dello Stato al quale appartengono e il Diritto richiede solo la loro inviolabilità d'innanzi a quella Sovranità giuridica cui sono inviati.

Antichissimo instituto dei popoli è la inviolabilità dei legati. E nel Diritto Romano troviamo quel solenne dettato: *Sancti habentur legati* (2). E questo principio come scolpito nella coscienza umana si perpetuò nei tempi di mezzo. Quando nel mondo moderno il Diritto delle genti si è venuto formando a scienza tre opinioni sonosi levate. La prima è quella del Binkersoekio del Grozio del Vattel e del Montesquieu che sostengono la inviolabilità assoluta dello ambasciadore e la indipendenza del medesimo dalla Sovranità del territorio. La seconda è quella del Tomasio e del Barbeyrac i quali limitano il principio della inviolabilità col negarla per quei casi ove il legato ordisca cospirazioni ecciti i sudditi alla ribellione o faccia qualunque atto in cui si conduca da nemico. La terza opinione è quella del Perezio del De Vera del Coccejo i quali ritengono l'inviolabilità ma negano la indipen-

(1) *Cassius* (Wilde) Diatribe de jure et judice legatorum (Franeft. 1712 in 4.°) *Schleusing* De legatorum inviolabilitate (Lips, 1690 — Viterb. 1643 in 4.°) *Bynkersoek*, De judice competente legatorum (Lugd. Bat. 1730); trad. franc. per Barbeyrac (La Haye, 1783, 8.°) — *Zouchaeus* Solutio quæstionis veteris et novæ sive de legati delinquentis judice competente dissertatio (Berlin. 1669) — *Willemberg*, De jurisdictione legati in comites suos (Gedani, 1705 in 4.°) — *Thomasius*, De jure asyli legatorum aedibus competente (Lips. 1698, 4.°) — *Upmark* (O. Toerne) De franchisia quarteriorum seu jure asyli apud legatos (Upsal, 1706, 8.°). E queste opere speciali son da consultare oltre le opere più vaste intorno alle *Legazioni* e quelle assai più vaste intorno al Diritto internazionale.

(2) L. 17 D. de legat. Cf. l. 7 D. ad L. Jul. de vi publ. — L. 24 § 1 D. de judic.

denza dalla giurisdizione territoriale affermando che la inviolabilità è protezione contro l'ingiustizia non già contro il Diritto e dee produrre la sicurezza non l' impunità nel caso dei delitti.

In mezzo a queste opinioni l'usanza internazionale secondo attesta il Martèns (1) ha consecrato il pronunciato seguente. Il legato rappresenta la sua nazione e come tale non può soggiacere a quella legge penale che è emanazione di uno Stato al quale egli non appartiene perchè essendo l' organo della personalità civile della sua nazione, la nazione presso la quale ei si trova non può avere potestà suprema sovra lui. Questo principio ingenera la conseguenza della esenzione del legato dalla giurisdizione territoriale. E l' usanza delle nazioni attribuisce la medesima immunità alla famiglia dell'ambasciatore e a tutte le persone dipendenti da lui quanto ai fatti che si avverano nella sua casa. Ma niun principio può stare senza la limitazione di altro principio e soprattutto di quello che è base a tutti gli altri, cioè della giustizia, la quale richiede la punizione de' malefizi. Onde la stessa usanza internazionale riconosce che lo Stato contro il quale il legato ha commesso un grave fatto criminoso può dimandare il richiamo del medesimo ovvero rimandarlo e dare provvedimenti acconci a campare da ogni sua malefica efficacia—Finalmente egli è a notare che sarebbe erroneo il considerare la casa e la vettura dello ambasciadore, come il territorio dello Stato a cui egli appartiene. La casa e le vetture dell' ambasciadore sono inviolabili ma non nel senso che possan divenire rifugio pei malfattori. Esse son poste sotto la protezione dell'autorità locale, e debbon essere immuni da ogni oltraggio e senza permissione dell' ambasciadore non è dato penetrarvi, salvo i casi in cui urgente necessità richiedesse l'adito delle autorità locali, nel qual rincontro è necessario aspettare le determinazioni del Governo.

(1) Précis du droit des gens § 218.

§ 19. *Del diritto di estradizione* (1).

La *estradizione* (ex-traditio) è un instituto in virtù del quale uno Stato consegna l'imputato di una infrazione commessa a quello Stato che è chiamato a punirla, in virtù del principio territoriale o di quella modificazione del medesimo relativa ai delitti contro uno Stato commessi fuori del territorio di questo. Un tale instituto contiene in sè la rivelazione del principio che tutti gli Stati debbono coadjuvarsi nell'adempiere il comune mandato della giustizia sociale.

Esso si è manifestato incompiutamente nel mondo antico perocchè dall' un canto alcune nazioni (e tra queste soprattutto la romana) pretendeano si consegnasse loro nelle mani i pubblici nemici da' popoli appo i quali erano andati a rifuggirsi; ma dall'altro parecchie vi si ricusavano e per sostenere la propria indipendenza davano asilo ai malfattori. Questo stato di cose durò nel medio evo finchè non cominciò la vita degli Stati moderni con la formazione di un Diritto positivo intranazionale. In questo riconoscimento di una giustizia superiore alle nazioni si radicò il bisogno degli Stati di soccorrersi a vicenda nella punizione dei rei. Ed ecco l' instituto della *extradizione dei rei* il cui primo apparire ebbe luogo in Francia con un Trattato del 1376 tra il Conte di Savoia e Carlo V al quale seguirono altri Trattati, di maniera che al cadere del secolo XVIII il principio della reciproca consegnazione de' malfattori venne universalmente riconosciuto.

I pubblicisti han fermato al dì d'oggi: 1) che la estradizione dee limitarsi nei confini della giustizia ; manifestandosi nella forma d' inchiesta da parte dello Stato nel cui territorio il delitto è avvenuto e di concessione da parte di quello nel cui territorio il reo si è rifuggito; 2) che essa in conseguenza può estendersi a tutti

(1) *Gärtner* de eo quod justum est circa exhibit. reorum (Lips. 1729)—*Zolle*, De remiss. delinquentium (Lips. 1770) — *Gutjahr* , De exhibitione delinquentium Diss. 71 (Lips. 1795, 1797) — *Winkler*, de remissione reorum —*De Rarnitz* , Comment. de recipiendis exteris (negli Ann. dell' Univ. di Leida 1818, 1819) — *Leclercq* , De transfugis reddendis (Lugd. Bet. 1823) — *Couvert* , De delinquentium traditione (Gand. 1828) — *Provo-Kluit*, De deditione profugorum (Rhen. Traj., in 8°, 1829). V. pure le opere sul Diritto internazionale.

tranne ai sudditi di quella Potenza nel cui territorio sonosi rifuggiti; 3) che fuori di questo caso la estradizione debbe aver luogo o che l'individuo richiesto da una Potenza sia suddito della medesima o che ei non sia, bastando solo a render legittima la domanda di estradizione la condizione che il delitto sia stato commesso nel territorio di quella Potenza che lo dimanda. 4) Ed infine perchè uno Stato non è tenuto a rispettare la signorìa di un altro Stato ma quella di un principio superiore cioè della giustizia, la giureprudenza internazionale richiede per la estradizione fatti criminosi che abbiano le seguenti condizioni; *a)* che non sieno malefizi determinati da interessi politici; *b)* che sieno qualificati come gravi reati dalla legge penale; *c)* che costituiscano fatti criminosi puniti comunemente in tutte le legislazioni; *d)* che sieno preceduti da convenzione stipulata fra le due Potenze, ovvero sieno obbietto di particolare stipulazione a cui sia di occasione il procedimento ove ha luogo la dimanda di consegnazione.

Nel nostro Reame vari trattati si appresentano con alcune Potenze intorno il diritto di estradizione, dei quali ecco in breve lo elenco:

Trattato con la S. Sede dei 6 agosto 1818 — Trattato con la Sardegna dei 30 Agosto 1819 — Trattato col Bey di Tunisi degli 11 giugno 1834 — Trattato con la Francia dei 19 luglio 1845 — Trattato con l'Austria del dì 8 aprile 1846 — Trattato con l'Inghilterra del 13 aprile 1853 per la consegna dei marinai disertori — Trattato con la Spagna dei 20 marzo 1854 solo per marinai disertori. —

III. EFFICACIA DELLA LEGGE PENALE A RISPETTO DELLE PERSONE.

§ 20. *Nozione razionale.*

Quando si guarda la condizione delle persone uno è il principio generale: *non fiat acceptio personarum.* La legge è di sua natura *impersonale* essendo una norma generale chiamata ad esprimere l'unità del Diritto in mezzo alla svariata moltiplicità degli interessi; e di qui discende il gran pronunciato della *eguaglianza*

di tutti innanzi alla legge. La nostra disamina intanto ci mostrerà storicamente che il passato contiene la negazione di questo principio e che il progresso della civiltà è venuto a mano a mano togliendo le ineguaglianze sicchè pochissime vestigia ne rimangono al dì d' oggi.

§ 21. *Nozioni storiche.*

Il Diritto Romano riconosceva nei tempi del reggimento popolare le tre condizioni dell' *homo* del *peregrinus* del *civis.* Il *civis* era circondato di privilegi come quello di non poter essere dannato a morte bastandogli l'interdizione dell'acqua e del fuoco. Il *peregrinus* non godea le guarentigie dei *publica judicia,* nè soggiaceva alle punizioni delle *leges.* Per gli schiavi eravi oltre l' asprezza delle pene il rigore della *tortura* (1). Nel tempo dell'Impero poi benchè si infievolissero le prerogative della *civitas* si aggiunsero altre ineguaglianze: il privilegio dei *militari* che aveano un foro speciale per qualsiesi malefizio; il privilegio dei Senatori e dei *clarissimi* o alti ufiziali pubblici dei quali un Imperatore dicea *partes ipsi corporis nostri sunt*; e finalmente il privilegio degli ecclesiastici che godeano di immunità personali (2).

Nella confusione di elementi del Medio Evo, nella distinzione dei vinti e dei vincitori, dei servi della gleba e dei signori feudali, queste divisioni ed ineguaglianze doveano al certo perpetuarsi anzi accrescersi; onde all'ombra del sistema feudale sorse l'usanza di sottrarsi ad un potere col gettarsi sotto la protezione d' un altro. E sorsero i due privilegi della società chiericale e delle immunità feudali. Federico II restrinse l'immunità de'Chierici con la Constituzione *de personis*; ma i nobili ebbero il *giudicio dei loro eguali* affinchè nella *esenzione* trovassero il compenso della perduta autorità giudiciale (3). Gli Angioini ravvivarono le immu-

(1) l. 3 D. ad L. Corn. de Sic.—l. 1, 8, 11 C. de quaest.—l. 53 D. de judic. l. 7, 8, D. ad L. Corn. de fals. — l. 21 D. de testib. — l. 10 D. de pœnis. Dig. Tit. De quaestionibus.

(2) l. 6 C. de jurisd. — l. 16 C. de quæst. — l. 10 C. de dignit. — l. 33. C. de episc. et cler. — Nov. LXXXIII.

(3) Const. *de pugnis sublatis.*

nità degli ecclesiastici pronunciando *quod clerici ad sæcularia judicia non trahantur nisi pro bonis feudalibus*(1). Pure una Prammatica dichiarò punibile dal giudice laicale il chierico portatore di armi (2). E il Concordato del 1741 eccettuò dalle immunità degli ecclesiastici il delitto di *assassinio*. Intanto il principio della esenzione dei nobili si conservò non solo come immunità personale ma come fondamento ad ineguaglianze di pene, tanto da distinguersi in parecchi reati una pena pe' nobili, un' altra per i plebei.

§ 22. *Diritto vigente.*

Ma nel 1806 abolita la feudalità per l'efficacia del novello principio della eguaglianza giuridica degli uomini, le novelle leggi del 1808 e del 1812 tolsero cosiffatte distinzioni. E il nostro Diritto vigente non più riconosce esenzioni ed immunità di persone o privilegi innanzi alla efficacia della legge penale. Così le esenzioni del foro militare sonosi tramutate in leggi speciali concernenti le violazioni dei doveri della milizia sensa derogarsi alle instituzioni penali comuni. Così gli organi delegati dell'autorità hanno avuto una semplice *guarentigia temporanea* che non li sottrae all' efficacia della legge penale ma solo sottordina la loro sottoposizione a giudicio penale alla condizione di una permissione del Capo dello Stato, la quale dicesi *scioglimento di garentìa*. Solamente a rispetto degli ecclesiastici il Concordato del 1818 lasciò sussistere un avanzo delle immunità clericali. Ed una Legge del 1839 seguita da altra del 1857 svolge questa disposizione in tutte le sue parti fermando speciali guarentigie per gli ecclesiastici che debbono essere giudicati in materia penale; e tra queste guarentie non è di lieve importanza la revisione ecclesiastica della condanna dei chierici a pena capitale; al che si aggiungono delle specialità per la custodia degli ecclesiastici detenuti, e per la espiazione di alcune pene da parte loro. Se non che, tolti questi pochi avanzi

(1) Cap. *Idem statuimus.*
(2) Pragm. 6 *de clericis.*

delle instituzioni del passato, rimane nella sua pienezza il principio che *tutti sono obbligati egualmente innanzi alla legge senza niuna distinzione di persone*. Il che vuolsi intendere in quei confini di spazio e di tempo dei quali abbiamo già innanzi ragionato (1).

(1) La legge del 30 settembre 1839 ferma le seguenti disposizioni:

1. In avvenire gli ecclesiastici e i religiosi non saranno più condotti in case di arresto o in prigione che di notte in legno o coperti di mantello.

2. Gli ecclesiastici saranno detenuti in prigioni particolari e i condannati in apposito ergastolo.

3. Non si faranno più arresti nelle Chiese durante il servigio divino nè senza prevenirne il Superiore della Chiesa.

4. Ogni Vescovo potrà avere nel suo Episcopio una prigione o camera di correzione per gli ecclesiastici che crederà dover fare arrestare e punire.

5. Il Governo non domanderà ai Vescovi la degradazione di un ecclesiastico condannato a morte senza pria comunicar loro la sentenza di condanna in cui debbono esser riferiti tutti i documenti del processo che provano il reato. Se i Vescovi non trovano osservazioni su tali elementi verranno all'atto della degradazione invocando la commiserazione del Sovrano. Se poi trovano osservazioni per gravi motivi in favore del condannato le rassegneranno a S. M. E i rilievi coi documenti saranno rimessi d'ordine di S. M. alla discussione di una Commissione composta di tre Vescovi in facoltà Apostolica approvata da S. S. sulla proposta del Re del doppio del numero bisognevole e di due assessori laici con voto consultivo la quale deciderà inappellabilmente su'rilievi. Se la Commissione troverà mal fondate le ragioni del Vescovo ne avvertirà il Vescovo perchè proceda all'atto della degradazione e ne farà prevenzione al Governo per sua intelligenza. Qualora poi la Commissione trova fondati i rilievi fatti dal Vescovo ne rassegnerà motivato rapporto a S. M. raccomandando il condannato alla Clemenza Sovrana.

LIBRO SECONDO

DOTTRINA GENERALE DEL REATO (*)

—

NOZIONI PRELIMINARI.

§ 23. *Denominazione tecnica del maleficio.*

Quello insorgere della individualità umana contro il Diritto per cui deve apparire l'azione riparatrice della giustizia penale vuol esser designato con un nome che ne fissi la nozione generale. Nella Propedeutica noi gli abbiamo dato il nome di *maleficio* così per seguitare l'indole generale della nostra favella come per esprimere quell'operare il male che vuol esser negato mercè una punizione. La voce *maleficium* trovasi pure adoperata dai Romani. Ma oltre a questo nome essi adoperarono ancora le voci *flagitium, scelus, facinus, peccatum, delictum, crimen*. Di tutte queste voci due sole ebbero il predominio nell'età di mezzo: *crimen* e *delictum*. Al sorgere dei Codici moderni la Legge del 1808 adoperò come voce generica di tutti i maleficii la parola *delitto* (1). Ma nel 1819 la nostra legislazione vigente fissò come parola generica

(*) *Thaegius* De criminibus in genere (in Tract. Tractatuum T. XI, p. 1). — *De Caevallos* De delictis (in eius Comm. Opin. Tolet. 1600, fol.). — *E. de Acuna et Vola* De delictis (Salmunt. 1609 4.°). — *F. Mehlbaum* De delictis (Helmstadt, 1651, 4.°) — *F. G. Schertz* De delictis, Argent. 1730 — *F. G. Clans* De natura delictorum (1794, 4.°).

(1) Art. 1 della L. del 20 Maggio 1808.

la voce *reato* riserbando quelle di delitto misfatto contravvenzione a designare le supreme specie quantitative del reato (1).

§ 24. *Diffinizione del reato secondo il Diritto positivo.*

Nella Propedeutica abbiam definito il *maleficio* la *negazione del Diritto per opera della individualità umana*. Una tal definizione nel punto di vista teoretico o del Diritto razionale è per sè compiuta ; ma nel punto di vista del Diritto positivo vuol esser posta in armonìa con le fonti del medesimo. Alcuni definirono il reato la *violazione della legge penale*. Ma se questa definizione può avere una importanza pratica pure manca di ogni valore scientifico perchè in cambio di additare l'essenza del reato risolvesi a dire: il reato è reato; perocchè la legge penale vieta per appunto il reato. Una definizione più adequata del reato secondo il Diritto positivo richiede che alla definizione razionale si aggiunga l'elemento della espressa determinazione della legge. Epperò il reato nel senso legale potrebbesi diffinire quel *fatto umano che la legge considerando come infrangimento del Diritto per opera dell'uomo vieta sotto minaccia di una punizione*. Il Diritto Romano non diede una definizione del maleficio ; onde gli interpetri dell'antico foro cercarono sopperirvi con le loro diffinizioni. Così Tiberio Deciano definisce il malefizio : *factum hominis vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub pœna prohibitum quod nulla justa causa excusari potest* (2). Ed Anton Mattei lo diffinisce : *quod publicae vindictae gratia apud eum accusatur qui potestatem habet gladii ad animadvertendum in homines facinorosos* (3). La Legge del 1808 diffinì il delitto *ogni azione od omissione contraria alle leggi penali* (4). E questa definizione se non altro viene meglio a spiegare in che consista la essenza positiva del reato secondo una legge penale. La nostra legge non ha diffinito il *reato;* e noi crediamo che il legislatore non abbia necessità di darne una

(1) Art. 1 e 2 LL. PP.
(2) Tract. Crim. Lib. II, c. 3.
(3) De Crimin. Proleg. c. I.
(4) Art. 1.

diffinizione. Ma dal tutto insieme delle sue determinazioni vedesi per chiaro modo che la nozione del reato secondo la nostra legge è quella di un fatto umano considerato come infrangimento del Diritto e come tale vietato sotto minaccia di pena.

§ 25. *Principii sommi del nostro Diritto intorno al reato.*

La teorica del nostro Diritto intorno al reato può stringersi in questi quattro pronunciati.

I. Perchè l'azione umana si punisca come reato uopo è che infranga un dettato della legge positiva in maniera che neghisi l'autorità di questa col suo apparire.

II. Perchè il dettato giuridico sia infranto uopo è che esso si appalesi in un fatto che abbia le note essenziali dell'*azione umana* cioè il lato interno o *proponimento (consilium)* ed il lato esterno o *esecuzione (eventus);* i quali pigliano nome di *dolo* e di *danno* nelle azioni criminose.

III. È subbietto sindacabile del reato innanzi alla giustizia penale chiunque in un modo quale che sia è cagione fisica e morale dell'apparizione del reato nel mondo della esistenza ma ne è sindacabile in ragione della sua efficienza operatrice al medesimo.

IV. Ogni reato oltre alla nota generale di infrangimento del Diritto ed alla nota speciale di appartenere ad una data famiglia di reati debbe esser valutato nelle contingenze particolari che costituiscono la sua natura individuale.

Lo svolgimento di questi principii forma la esposizione della dottrina generale del reato.

CAPO PRIMO

Della essenza di illegittimità nel fatto umano.

§ 26. *Criterio della illegittimità.*

Egli è duopo innanzi a tutto di un criterio per riconoscere nei fatti umani la nota essenziale di contrapposizione al Diritto in virtù della quale sussiste il reato. Un criterio indubitabile per la pratica si è quello inchiuso nell'aforismo ***nullum crimen sine praevia lege poenali***, il quale può tradursi nel seguente: Per vedere secondo il Diritto positivo se siavi *reità* in un fatto umano, l' unico esame che bisogna fare si è quello di ricercare se la legge lo ha considerato come un fatto criminoso. E l' indizio certissimo (perchè ne'bisogni della pratica non sottentri l'arbitrio alla legge) si ha nella manifestazione che viene dalla legge medesima cioè nella pena. ***Quando un atto è vietato o comandato dalla legge penale*** sotto minaccia di una pena per coloro che trasgrediscono sia operando ciò che è vietato sia tralasciando ciò che è ingiunto, quel fatto di azione o di omissione costituisce il reato secondo la legge. Ma perchè questo potrebbe parere un voler rinnovare quella teorica del Bentham che la legge crea il diritto e che però dalla legge nasce la nota di maleficio in una data azione, egli è duopo risalire al criterio intrinseco che scorge il legislatore nel determinare se una azione possa costituire il delitto. Quando avrem conseguito questo criterio intrinseco la dottrina positiva della *reità dell' azione* potrà dirsi scientificamente trattata.

La essenza obbiettiva del maleficio sta nel rivolgersi dell' attività umana contro la santità del Diritto violandone i precetti. Ma perchè il Diritto si va concretando nella legge egli è duopo attendere alle attenenze che debbon correre tra il fatto umano e la legge perchè in quello si ravvisi la violazione del Diritto.

Or primamente essendosi fermato che la legge nello Stato è chiamata per appunto ad essere l'espressione impersonale del Diritto la sua manifestazione obbiettiva nella coscienza di tutti co-

me la *forza risultante* di tutte quelle forze che son costituite dalle coscienze individuali, il termine di paragone a cui il fatto umano dee porgersi contraddittorio per aversi il reato è la *legge positiva*. Non è già che noi diciamo altro essere le violazioni della legge ed altro le violazioni del Diritto. La legge è l'espressione del Diritto, e se contiene imperfezioni e vizi nel modo onde lo esprime, il principio della vita sociale ingiugne duplice comando, cioè che la legge si migliori sostituendosi al passato erroneo alcun novello instituto, e che fino all' apparire di una legge novella emendatrice la legge anteriore si osservi. Noi vogliamo dire soltanto che non basta l'addurre che il Diritto sia stato violato per aversi il reato ma che deesi presentar violato il Diritto in uno di quei dettati che la legge dello Stato riconosce come suoi dettati. Laonde non è reità in un' azione che infranga il puro Diritto razionale; la reità si avvera in quell' azione che conculca una legge positiva. Cosicchè, quando si porgesse una *obligatio* puramente *naturalis* non riconosciuta innanzi alla giustizia civile, e si violasse questa *obligatio*, mancherebbe una condizione essenziale per aversi il reato.

In secondo luogo la illegittimità o reità dell' azione non istà nella lesione apportata agli interessi di un terzo; imperocchè gli interessi sono la materia su cui s' imprime il principio giuridico ma non sono il Diritto stesso. Il creditore che per la conservazione del suo credito procede ad un sequestro delle proprietà mobili del suo debitore, il creditore che in caso di mora esige, oltre la somma a lui dovuta, anche gli interessi della medesima reca certo un danno materiale al patrimonio del suo debitore il quale si troverebbe in miglior condizione se non si procedesse al sequestro o se gli si concedesse remissione degli interessi dovuti. Ma altro è il danno materiale ed altro è il danno giuridicamente avvisato. Danno materiale è per cagion d'esempio ogni diminuzione del nostro patrimonio, ma giuridicamente avvisato non altro si può dir danno che la illegittima diminuzione del patrimonio, cioè la diminuzione del patrimonio la quale non si fonda sovra un dettato giuridico. Di maniera che non delinque colui che ledendo gli interessi e le pretensioni di un altro uomo fa cosa a cui aveva diritto o si serve di mezzi consentiti dalla legge. E sapientemente

3

il giureconsulto Gaio diceva: *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* (1) ed il giureconsulto Paolo: *nemo damnum fecit nisi qui id fecit quod facere jus non habet* (2). Nelle quali sentenze la voce *damnum* è indiritta a designare il danno giuridicamente avvisato e la locuzione *dolo facere* abbraccia per appunto il caso del *delinquere*.

Finalmente egli è duopo che la legge positiva abbia di rincontro a sè un fatto che la infrange, cioè un fatto che non solo non abbia fondamento nella legge, non solo vi si contrapponga ma vi si contrapponga rendendo impossibile l'attuazione positiva del suo dettato. Se la legge conserva la sua forza di costringere perchè l'uomo le ha opposto una mera renitenza non si è mai nel campo della reità legale. Dove per l'opposto l'azione umana nell'esser contraria al dettato della legge, ne rende pure impossibile la esecuzione (come per esempio l'*uccidere* malgrado il comando di non ispegnere la vita del proprio simile pone di rincontro al Diritto, che ingiugne rispetto all'esistenza, un *factum* di uccisione che *infectum fieri nequit*) quivi è necessaria la riparazione del Diritto violato perchè il Diritto è stato infranto essendosi infranta la legge con un atto che non può più essere distrutto. Il creditore che dopo essere stato pagato chiede di nuovo giudizialmente ciò che ha esatto, o l'ottiene senza controversia non ha negato il Diritto perocchè o soccombe nel giudizio da lui intentato ed è tenuto a risarcire i danni del suo ingiusto pretendere, o in caso di esazione d'indebito è tenuto alla restituzione; e in ambo i casi il Diritto conserva illeso il suo dettato. Ma se il creditore prima di esser satisfatto usa violenza per ottenere ciò che gli si deve commette reato perchè non potea esercitare violenza ma ricorrere all'autorità giudiciale; e se il creditore usando artificio perviene a mostrarsi in possesso di quel titolo che ha già restituito per l'avvenuto pagamento, è reo di fraude a danno di altrui. Così parimente il debitore che convenuto in giudizio nega il debito o che condannato al pagamento non esegue il giudicato,

(1) L. 55 D. de reg. jur.
(2) L. 151 D. de reg. jur.

non commette reato perchè nel primo caso spetta all'attore il provare ed il Diritto non è calpestato da chi si fonda su questo principio, e nell' altro il Diritto conserva la sua forza per dar vita alla esecuzione forzata mercè sequestro o espropriazione. Ma se il debitore opponesse la violenza contro l' esecutore pubblico o foggiasse un titolo di quietanza per non pagare ciò che deve, nella violenza e nell' astuzia si appaleserebbe appunto il reato.

Dalle quali cose si raccoglie che la nostra legge considera esservi reità in un' azione quando 1) malgrado il dettato di una legge positiva 2) si sia operato contro di esso, 3) con un fatto la cui sussistenza renda impossibile la positiva attuazione della legge. E perchè non cada controversia sullo avveramento di queste condizioni e non si lasci dipendere dall' arbitrio dell'uomo la punibilità dell' uomo, la legge ha voluto a sè riserbare lo apporre la nota di reità ad un atto; e criterio estrinseco di questa maniera di vedere del legislatore sta per appunto nell' avere il legislatore fulminato nella legge penale una punizione per il trasgressore.

La mancanza di questa condizione di reità legale dicesi *difetto di materia punibile* nè vuol esser confusa con la eccezione d' *incompetenza per ragion di materia;* imperocchè l'incompetenza in materia penale suppone il reato sottraendolo per la sua natura ad un dato giudice penale, dovechè il *difetto della materia punibile* sottrae ad ogni giudice penale il fatto (per certo o incerto che lo si voglia) essendo un fatto che non costituisce reato.

§ 27. *Dottrine che si rannodano a quella della intrinseca reità.*

Posto che dalla legge discende la determinazione dell' esservi in un fatto dell'uomo la nota della negazione del Diritto si hanno i pronunciati seguenti :

1) la volontà consenziente dell' offeso non può togliere ad un reato la sua nota di negazione del Diritto ;

2) la condizione di rigore penale in che un individuo può trovarsi non è atta a cancellare questa nota nel reato contro di lui esercitato ;

3) quei fatti che la legge stessa comanda non possono considerarsi come reato qualunque sia la loro apparenza criminosa.

Queste tre dottrine han mestieri di ulteriore svolgimento, epperò vogliono essere partitamente trattate.

§ 28 — I. *Della inefficacia del consenso dell' offeso* (1).

Il reato è tale perchè la legge lo avvisa come una violazione del Diritto; e l' essenza immutabile del Diritto superiore a tutte le manifestazioni dell' arbitrio non può essere mutata dalla volontà dell' individuo. Se non che gli è duopo attendere ad una necessaria distinzione. Vi ha dei diritti che mettono radice in un atto della nostra libertà individuale, e questi sono quelli che si riferiscono alle manifestazioni della nostra attività non contrarie alle norme del Diritto. Vi ha poi dei diritti che metton radice nella nostra personalità, e di cui non possiamo svestirci. La proprietà giuridica, per cagion d' esempio, è sottordinata al volere dell' individuo quando la si avvisa negli obbietti particolari, non già quando la si avvisa nel patrimonio cui l' individuo non può rinunziare senza ledere la sua personalità medesima. Da ciò nascono i diritti alienabili cioè dipendenti dal volere e diversi dai diritti inalienabili, o primitivi che circondano ogni persona. La violazione de' primi cessa di esser tale quando l'individuo acconsenta alla diminuzione di essi; la violazione degli altri che sono inalienabili non potrebbe esser tolta dalla volontà di alienarli cioè dallo acconsentimento dell' offeso nel momento del reato — Per quei fatti che ledono i diritti inalienabili quali che sieno le determinazioni della volontà dell' offeso la loro lesione costituisce pertanto infrangimento del Diritto. Per gli altri fatti in caso di consenso dell' offeso sparisce la imputazione dei medesimi. Ma non è già che per questi, quantunque esistesse un reato nella loro violazione il consenso dell' offeso toglie quella nota di reato. I reati contro i diritti alienabili in tanto son reati in quanto che son fatti che si commettono contro la volontà dell'offeso; e così quando vi concorra la volontà non possono costituire reato perchè non sono lesioni alla libera attività dell' uomo.

(1) *G. L. Gravere* An injuria volenti facta poenis sit coercenda (Groning. 1825) — *Hepp* Sulla tesi: *volenti non fit injuria* (ted. nel N. Arch. di Dir. Crim. XI, 65-100, 239-294).

A questa distinzione vuolsi rannodare il principio romano: *Volenti non fit injuria* (1). E di vero il Diritto Romano applicava questo pronunciato alle sole violazioni delle convenzioni (2). Ma ritenea che l'incendio per il pericolo generale, l'usura, l'adulterio, la bigamia son da punire non ostante il consenso degli offesi (3), ed a ciò si aggiungeva pure il delitto di evirazione (4). Questi pronunciati non si perpetuarono nel Medio Evo quando prevaleva il sistema della *compositio*, ma al tempo degli interpetri si ravvivarono. E nelle leggi vigenti il dissenso dell'offeso si porge come necessario solo in alcuni fatti contro la proprietà (*invito domino*), mentre rimane saldo il principio che il reato sussiste quando bene l'individuo offeso abbia consentito alla sua lesione prima che la si fosse avverata.

§ 29. — II. *Dell' illegittima condizione in cui l' offeso può trovarsi* (5).

Egli è certo che l'uomo per quanto si allontani con la sua attività dal Diritto non può mai in sè cancellare quel suggello divino della personalità giuridica perchè il Diritto come universale ed assoluto è una sfera che abbraccia tutti gli esseri morali o che essi il vogliano o che nol vogliano. Quindi a noi sembra che sia impossibile il concepire un uomo fuori del Diritto, un uomo in una condizione *extrajuridica* sia che egli cerchi da sè stesso di porsi in tale stato sia che altri presumano di ridurlo a tale. E perciò che la legge è l'autorevole espressione del Diritto, una condizione dell' uomo assolutamente *eslege* dee reputarsi una violazione del Diritto quantunque bisogni permettere l'uso della forza materiale da parte della potestà pubblica per ricondurre l'uomo sotto la signoria del Diritto.

Nel Diritto Romano impune era la violazione di un uomo che legalmente fosse stato dichiarato spoglio dei suoi diritti come uomo e come cittadino. Nei tempi antichissimi di Roma la *sacratio*

(1) L. 1, § 5. D. de injur.
(2) L. 145, 203 D. de reg. jur.
(3) L. 2 § 4, 5, D. ad L. Jul. de adult.
(4) L. 4 § 2, l. 8 D. ad L. Corn. de Sic. — l. 38 § 5, l. 39 D. de poenis.
(5) *Abegg* Ricerche di scienza penale (ted. Breslau 1830, — p. 186-208.

capitis facea sì che l' uomo reputandosi per cagione dei suoi delitti sacro agl'Iddii poteva essere ucciso impunemente da ciascuno (*jure caesum videri*). Alla *sacratio capitis* tenne dietro l'*aquae et ignis interdictio*, pena d' indole politica ; e pure ciascuno poteva uccidere impunemente colui che ne era colpito (1). I *transfugae* ed i *desertores* vennero considerati come nemici dello Stato e potevano essere uccisi da qualunque ove lo Stato non ne assumeva la punizione (2). Ed anco i *proscripti* erano avvisati come nemici della patria, e nella *L. Cornelia de Sicariis* si eccettua dalla punizione la loro uccisione (3).

Le nostre antiche Leggi erano severissime per tal conto. Federico II dichiarando irrevocabili le sentenze contumaciali a pena capitale non solo permetteva a chiunque del popolo di uccidere il *forjudicato* (*foro judicatus*) ma eccitava tutti a farlo promettendo dei premii (4). E i Vicerè per estirpare i banditi armarono i loro compagni promettendo l' indulto alle colpe di ciascuno, il che si disse *guidatico*, e avvisando come forgiudicati o banditi coloro che fra dieci giorni dopo la violazione non comparivano, permetteano togliersi loro la vita. Allorchè la Riforma penale di Toscana ebbe abolito le dure leggi antiche sulla forgiudica dei rei, re Ferdinando I ne seguì l' esempio tra noi con l' ordinanza del 1789 su' delitti e sulle pene delle genti da guerra (5). E la Regia Camera tradusse i principii di quella Ordinanza anco nelle cause dei pagani. Nella Legge penale del 1808 fu ripristinata in parte la severità delle costituzioni di Federico; e benchè si ritenesse in principio la *revocabilità del giudizio contumaciale* introdotta da Pietro Leopoldo pure il condannato in contumacia fu *messo fuori della protezione della legge*. Ma il Decreto del 27 Ottobre 1811 abolì questa severa instituzione.

Il Codice penale del 1819 ritornò alla severità della Legge del 1808 statuendo con l' art.° 473 delle LL. di Proc. Penale che in virtù della *dichiarazione di pubblico inimico* (la quale ha luogo

(1) *Dion. Cass.* XXXVIII, 17 — *Quintil Decl.* 351.
(2) L. 3 § 6 D. ad L. Corn. de Sic. — l. 12 C. quando liceat.
(3) *Cic. Verr.* I, 47 — *Sueton.* Caesar II.
(4) Const. *Poenas eorum.*
(5) Parte I, c. 13 — Art. 41, 420.

per effetto di condanna contumaciale alle più gravi pene come vedremo in appresso) ogni individno della forza pubblica nel provocar lo arresto del condannato per qualunque leggera resistenza anche presunta che questi opponesse *potrà impunemente ucciderlo*. Ma questa legge severa fu tolta via dal Decreto del 3 Giugno 1834 con cui il legislatore facendo omaggio ai principii della civiltà moderna ed alle voci della riforma penale del Secolo XVIII contro la instituzione degli *eslegi* volle che alle parole dell' art.° 473 : *potrà impunemente ucciderlo* fossero sostituite le altre: *potrà fare uso delle armi*.

Dal che chiaro si scorge come nell'attual condizione del nostro Diritto vigente la protezione della legge stendesi egualmente su tutti; nè più sussiste quella mostruosa instituzione per cui un individuo era posto fuori della legge e come tale poteva impunemente essere ucciso.

§ 30 — III. *Della giustificazione dei fatti comandati dalla legge* (1).

Egli è certo che non vi ha diritto contra il diritto; epperò qualora un atto è voluto dal Diritto non potrebbe essere contrario al medesimo. Or come il Diritto si manifesta nella società giuridica chiamata a rappresentarlo seguita che il criterio per conoscere le azioni che ingiunte dal Diritto non possono mai costituire reato si è per appunto il comando dello Stato. E perchè lo Stato opera mercè la legge come parola del Diritto, l' obbedienza alla legge non può mai costituire reato. Quando dunque si è rivestito o del potere di applicar la legge ai fatti *(jus dicere)* o del potere di eseguire il dettato della legge, e si obbedisce ad essa, non vi può essere reato. Così la esecuzione delle leggi e dei giudicati è esente da ogni reità.

Ma ciò che è dubbio in questa teorica si è quel legame gerarchico del potere esecutivo dello Stato che è fondato sulla obbedienza degli inferiori verso i superiori. Dall'un canto l'unità dell' azione richiede che l' inferiore esegua i dettami del superiore,

(1) *Stryck*, De officii necessitate (Frcf.1684)—*Abegg*. Ricerche di scienza penale (ted. Breslau).

e ciò deve essere ingiunto dalla legge medesima come comando speciale. Ma d'altro canto egli è impossibile distruggere al tutto la coscienza morale nell' uomo. Il principio dell'obbedienza perciò non dee tramutarsi in quello di passività assoluta o di *irrationabile obsequium*. L'uomo per quanto debba essere sottoposto al comando non può mai divenire una macchina; quindi essendo tenuto ad obbedire i suoi superiori è pure tenuto ad obbedire alla stessa legge la quale sovrasta ai suoi superiori; e in caso che la sua coscienza gli addita contrarietà tra il comando del suo superiore e quello della legge deve anteporre questa a quello. Di maniera che il solo principio di giustificazione che toglie il carattere di reato ad una azione sta nella legge. A conoscere quale sia poi la efficacia del comando e dell' obbedienza in quei fatti che non son comandati dalla legge,anzi alla medesima son contrarii,chiaro è che bisogna distinguere l' azione in sè medesima dall' azione relativamente a colui che esegue. L' azione in sè medesima se è violazione della legge viene ad essere reato, nè può aversi per comando della legge il comando di un superiore. Solo bisogna esaminare su chi cade la responsabilità giuridica di quest' azione e di ciò parleremo più innanzi. La nostra legge nell' art.° 372 del Codice Penale ha fermato per appunto questo principio della superiorità della legge come giustificatrice dei fatti umani. Impetocchè quivi è detto , *non esistere reato quando gli atti sono prescritti dalla legge stessa e comandati dall'autorità legittima*. Da queste disposizioni chiaro si scorge esser necessarii due elementi : 1) che il fatto sia voluto dalla legge, 2) che sia ordinato dalla autorità legittima. Così nel nostro sistema legislativo, ove la pena di morte è conservata , l' uccisione per opera degli esecutori di giustizia nei casi e nei modi dalla legge prestabiliti non costituisce reato. E parimente non è reato l' imprigionamento da parte degli agenti della forza pubblica, non l'uccisione la ferita e la cattura in istato di guerra, non la espropriazione e la pignorazione per opera di esecutori. Quanto è poi al caso in cui ciò che si comanda è contrario alla legge anzichè essere conforme a quello che essa destina , vedremo a suo luogo la condizione degli inferiori verso i superiori. Qui possiamo appagarci del principio dell'art.°

372 LL. PP.; in virtù del quale non basta che l'autorità comandi un atto per giustificare l' inferiore, ma allora la nota del reato sparisce quando la legge abbia ingiunto un determinato atto da compiersi.

CAPO SECONDO

Del fatto umano in cui la illegittimità debbe appalesarsi (1).

§ 31. *Generalità.*

Se finora abbiamo analizzato l' elemento della intrinseca illegittimità del fatto umano per costituire il reato, uopo è che ci volgiamo a contemplare in tutte le sue specificazioni il pronunciato che la illegittimità debbe apparire come un fatto umano perchè pigli nome di reato innanzi alla giustizia umana. E innanzi tutto egli è mestieri fermare una dottrina sul valore della locuzione da noi adoperata di *fatto umano.* Il fatto umano è ogni fenomeno che si appalesi nella realità delle cose e che abbia la sua radice nel movimento di un uomo, o, per dirlo in termini più chiari, che sia effetto del nostro muoverci. Talvolta il fatto umano si presenta come una modificazione avvenuta nella realità delle cose (una esistenza distrutta, una parte del corpo lesa, un obbietto portato via ec.); tal altra volta il fatto umano si presenta come il non avveramento di una modificazione, come la continuazione in uno stato anteriore (tale è per es. il continuare a rimanere occulto un fatto quando taluno lo conosca, il continuare uno stato di lesione corporea quando taluno possa apprestare i rimedii necessarii). Questa diversità di forma distingue il *fatto positivo* dal *fatto negativo* in cui il maleficio può appalesarsi.

Quanto è primamente al fatto positivo esso consiste in un fenomeno che apparisce nel mondo della esistenza e che vi apparisce per opera dell' uomo. E quì l' attività umana può appalesarsi

(1) *Stübel,* Dell' essenza di fatto dei reati (ted. Wittenb. 1805).

per qualunque modo una determinazione spontanea del nostro organismo corporeo si avveri. Non solo il modificare le esistenze che ci circondano (sian persone, sian cose) ma ogni altro fenomeno che si avveri mercè il nostro movimento organico costituisce un fatto positivo. Epperò può divenir materia del reato non pure ciò che in istretto significato dicesi *fatto* ma altresì la parola dell' uomo (sia articolata, sia scritta). Se non che bisogna bene por mente al quando la parola può aversi per materia di reato. Imperocchè se taluno dica ad un uomo di *voler uccidere un suo nemico* per cagion d' esempio non è questa parola certamente il fatto della uccisione in sè stesso ma è al massimo l' espressione di un pensiero già formato. La parola umana non può essere incriminata in quanto è la espressione di un pensiero criminoso, bensì in quanto costituisce per sè stessa un reato, cioè quando la violazione del Diritto consiste per appunto in un dato discorso, come per cagion d' esempio nella ingiuria e nella minaccia. L'ingiuria è parola violatrice del Diritto perchè il Diritto vieta per appunto la parola indirizzata a menomare l' altrui reputazione. Laonde può esser materia di reato sia l' operare con la nostra forza sulle forze circostanti, sia l' operare col movimento della nostra favella. E nel Diritto Romano riconobbesi questa dottrina siccome vera; imperocchè quivi sta detto : *aut facta puniuntur*, *aut dicta, aut scripta, aut consilia* (1). E questa dottrina trasmessa nelle legislazioni posteriori ha ingenerato che il nostro Codice vigente riconosce come reati sì le opere nel puro e rigoroso significato (come l' omicidio, lo storpio, lo sfregio, il furto ec.), e le parole eziandio (come è l' ingiuria la minaccia la falsa testimonianza, la calunnia ec.).

A rispetto poi del fatto negativo egli è duopo altresì di una qualche dichiarazione (2). L' uomo è sempre operoso anco allorquando l' apparenza lo mostri inerte ; perchè l' attività si ripiega sovra sè medesima determinandosi al non fare e persistendo in cosiffatta determinazione. Solamente egli è duopo circoscrivere

(1) L. 16 pr. D. de poenis.
(2) *C. G. Winkler*. De crimine omissionis (Lips. 1776) — *Spangenberg*, sui reati di omissione (ted. nel N. Arch. del Dir. Crim. IV, p. 527-555).

in alcuni confini il *non fare* perchè possa tenersi come materia di reato. E primamente notisi che il non fare a divenir materia di reato cioè ad essere un fatto in contraddizione col Diritto e con la legge come espressione di questo, addimanda come preesistente un *dettato positivo*, un comando di fare qualche cosa. Epperò la trasgressione del Diritto e della legge mercè un fatto negativo non può appalesarsi altramente che come *omissione* dello adempimento di alcun debito.

Di qui sorge una conseguenza che quei dettati giuridici che son negativi contenendo il divieto di fare qualche cosa non possono essere violati se non da trasgressioni consistenti in fatti positivi; come per esempio il divieto della uccisione non può dirsi trasgredito se non dal fatto che contenga in sè l'elemento positivo della uccisione. Solo in alcuni casi un fatto negativo potrebbe essere incriminabile cioè quando venisse ad essere cagione efficiente di un fenomeno positivo opposto al dettamento negativo del Diritto e della legge. Cosicchè non potrà mai dirsi reo di uccisione colui che vedendo un individuo aggredito da chi vuol distruggerne la esistenza non corre a salvarlo e che in cambio di gridare all'aiuto rimane muto ed indifferente spettatore di quella scena di sangue. Potrà esservi in lui una negligenza più o meno incriminabile *come negligenza* ma non può mai cadere la sindacabilità dell' omicidio su colui che si è rimasto dall' impedirlo. Colui (a grazia di esempio) che dopo aver rinchiuso un individuo in un dato recinto da cui non si possa uscire non gli appresta alimenti, opera negativamente, ma il suo operare negativo come cagione efficiente della inedia diviene un fatto positivo opposto al dettato giuridico. Laonde allorchè la legge ci impone un debito determinato come a dire il fare alcuna cosa, e noi tralasciamo di obbedire mentre sta nelle nostre forze il prestarvi obbedienza, questo fatto negativo diviene materia di reato laddove il comando fosse ingiunto sotto minaccia di una punizione. Eppure in tal rincontro egli è d' uopo riconoscere che vi ha pochissimi casi nei quali il fatto negativo può essere incriminato come materia di maleficio essendovi le più delle volte difficoltà di riconoscere se il non aver operato sia stato l'effetto dell' aver voluto rimanersi dall'operare,

o del non aver prestato sufficiente attenzione ai vari debiti che ci incombono. Il giureconsulto Paolo la cui dottrina su di ciò fu accolta nel Diritto Giustinianeo così sentenziava: *Qui non facit quod facere debet videtur facere adversus ea quia non facit* (1). Ed in conformità di questo pronunciato il Diritto romano riconoscea come reato l'omettere di rivelare l'esistenza di una congiura o di una fabbricazione di monete false alla quale siesi straniero ma del cui avveramento siasi consapevole (2); l'omission di difesa da parte di chi vi è tenuto come lo schiavo in caso di aggressione del padrone, il militare in caso di aggressione del proprio superiore (3); ed il non impedire un fatto criminoso quando si fosse potuto impedirlo (4). Queste determinazioni si trasfusero nelle antiche nostre leggi. E così vennero accolte dal nostro Diritto tranne per il non avere impedito un reato potendolo. Così l'occultamento di taluni reati (come per es. il *crimenlese* e la *falsa moneta*) di cui si avesse scienza, e così parimente la viltà nel servigio militare sono fatti negativi avvisati come materia di reato (5). E il non impedire alcun maleficio, come è per il custode il non aver impedito la fuga del prigioniero (6), costituisce reato.

§ 32. *Partizione della materia.*

Ciò posto o che il fatto sia una positiva efficienza o un fenomeno puramente negativo da parte di un individuo, avendo noi riconosciuto che il reato debbe porgere l'illegittimità concretata in un fatto umano, egli è d'uopo avvisare partitamente i due elementi nei quali il fatto umano si discompone. Questi sono il *proponimento* e la *esecuzione*. Il proponimento è il fatto criminoso nel suo lato interno cioè nella sua presistenza innanzi alla coscienza umana. L'esecuzione è il fatto criminoso nel suo lato esterno. Epperò noi dividiamo questa esposizione in due parti:

(1) l. 121 D. de reg. jur.
(2) l. 6. § 7. C. ad L. Jul. de maj. — l. 1 C. de falsa moneta.
(3) l. 1 § 18 D. de Scons. Silan. l. 6, § 8, 9 D. de re militari.
(4) l. 9 1 D. ad L. Corn. de fals. — l. 4 D. de agnosc. et al. liber.
(5) Art. 144, 145, 269 LL. PP.
(6) Art. 254 LL. PP.

l' una delle quali è la teorica del *dolus* indirizzata a svolgere il pronunciato che *il maleficio debbe essere un fatto di contrarietà al Diritto, internamente voluto*, e l'altra è la teorica del *damnum* indirizzata a svolgere il pronunciato che *il maleficio debbe essere una esecuzione esterna di proponimento criminoso.* Ma sì per l' una e per l' altra teorica egli è d' uopo di una avvertenza cioè che noi discomponiamo i due elementi ; ma che essi se possono logicalmente separarsi non possono avvisarsi come due azioni, ma come due aspetti, due momenti necessarii di una sola e medesima cosa, cioè dell'azione—Il che viene espresso con mirabile precisione da queste parole memorande del Digesto: *Post veterum auctoritatem eo perventum est ut nemo ope videatur fecisse nisi consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat nisi et factum secutum fuerit* (l. 33 D. de verb. sign.)

SEZIONE PRIMA

TEORICA DEL DOLO (1)

§ 33. *Nozione fondamentale.*

La disamina che noi imprendiamo presuppone che il fatto inchiudente la negazione del Diritto debbe avere per cagione fisica un essere umano; imperocchè tutti quegli eventi ai quali l' attività umana è straniera non formano obbietto di disamina per la giustizia penale. Gli atti opposti al Diritto e che appariscono come *effetto fisico dell' attività umana* non possono esser considerati come vero infrangimento del Diritto se non quando quella attività umana che ne è la cagione fisica ne sia pure la *cagione morale*, cioè quando essi sieno il prodotto voluto della attività umana in maniera da potersi veramente attribuire alla medesima. Onde concorde pronunciato degli scrittori di scienza penale si è questo che un evento contrario al Diritto e derivante dal muoversi dell' uomo come effetto fisico non può veramente riferirsi a lui se egli non l' abbia *voluto*. Questo volere che ingenera l' operare e

(1) *Barter* De dolo culpa et casu (Helmst. 1610) — *Krebs*, De dolo culpa et casibus fortuitis (Lips. 1615) — *Schuckmann*, De dolo culpa et casu (Rost. 1643) — *Wincop*, De dolo culpa et casu (Erf. 1705).

ne è come lo spirito animatore, in quanto è volere criminoso, cioè volere di fatto contraddittorio al Diritto, piglia nome di *dolo*. Ed il riconoscimento di *causalità morale* tra l' attività umana ed un fenomeno di contrarietà al Diritto costituisce per appunto quello che dicesi *imputazione*.

I. DEL DOLO E DELLE SUE NEGAZIONI

§ 34. *Essenza del dolo* (1).

Ora non basta il dire che un fatto per essere figlio del dolo debba essere stato voluto dall' agente. Egli è duopo addentrarsi nelle determinazioni essenziali dell'attività umana per discernere le condizioni della volizione nelle sue attenenze con l' operare esteriore.

Egli è impossibile che si passi dal volere al fenomeno esteriore di contrarietà col Diritto senza il transito intermedio di qualche fatto che ha per cagione il volere e per effetto il fenomeno di contrarietà al Diritto, imperocchè il volere non può operare senza il veicolo dell' organismo corporeo. Se la forza organica del nostro corpo è cagione del fenomeno contrario al Diritto mentre il suo muoversi è l' effetto della volizione , la volizione viene ad essere la causa motrice del fatto contrario al Diritto ; ed un tal legame fa sì che l' uomo nella cui coscienza ha luogo la volizione di un fatto sia la cagione fisica di tutti i fatti che sorgono come effetti da quello che egli ha voluto. Il fatto che puramente e immediatamente deriva dalla sua volontà è l' impulso al suo organismo per opera di questa nostra potenza. Gli altri fatti dallo essere effetti del fatto immediatamente volontario non possono trarre la determinazione di esser pure dei fatti volontarii. Essi hanno per cagione mediata la volizione, per cagione immediata il movimento

(1) *Rosendael.* De dolo in delictis (Lugd. Bat. 1817) —*Mittermaier.* Idea e caratteri del dolo malo (ted. nell' Arch. di D. Cr. Nuova Seria, 1841); trad. (Scr. Germ. I, p. 31). — *Michelet* De doli et culpae in jure crim. notione (Berol. 1824)— *Winnsinger* Quaenam sit differentia inter del. dol. et culp. (Brux. 1824). — *Rosshirt* Su la dottrina del dolo (ted. N. Arch. di D. Cr. VIII). — Schwarze. Studi sulla dottrina del proponimento criminoso (ted. Arch. di D. Cr. Nuova Serie 1857).

spontaneo del nostro organismo. Epperò ad essere fatti volontarii uopo è che quella volontà la quale ingenerò il movimento organico che li causava producesse con coscienza le conseguenze del suo movimento spontaneo. Ora ciò non è possibile che quando il fatto conseguenziale sia stato avvisato come tale nella coscienza dell' essere operante prima che venisse ad esistenza il movimento organico che lo cagionava. Questa preesistenza del vincolo di causalità come certo o probabile tra il movimento del nostro organismo e il fenomeno di contrarietà al Diritto costituisce l' *antivedere* significato dalla locuzione *proponere* che è l' atto con cui la mente *pone* d' innanti a sè un fatto *prima* che esso si avveri come conseguenza di un movimento organico suo proprio.

Da queste considerazioni sorge che ad aversi il proponimento criminoso in un individuo che ci si appalesi come cagione fisica di un evento contraddittorio al Diritto egli è duopo di due condizioni :

a) La prima è che il fenomeno di negazione del Diritto sia stato preveduto dall' essere operante come conseguenza, sia certa o sia probabile, di un movimento spontaneo del suo organismo.

b) L' altra è che l'essere operante abbia voluto quel movimento del suo organismo dal quale, come effetto da cagione , deriva il fenomeno di negazione del Diritto.

Quando queste due condizioni si verificano il dolo sussiste e rende punibile l' azione umana d' innanti alla giustizia sociale.

§ 33. *Delle varie specificazioni del dolo* (1).

Gli antichi scrittori di scienza penale poneano delle distinzioni nel dolo le quali con la nozione da noi posta si addimostrano inutili. Imperocchè primamente faceasi distinzione tra *dolo reale* e *dolo personale* , quando il dolo è sempre nella persona non già nella cosa. E del pari erronea è quella distinzione del *dolo obbiettivo* e del *subbiettivo;* perciò che il dolo è di sua natura subbiettivo.

Le distinzioni che ci sembrano indispensabili perchè radicate nelle leggi dell' attività umana son queste :

a) La prima è quella del *dolo generale* e del *dolo speciale*. Im-

(1) *Weber*. Le varie specie di dolo (ted. N. Arch. di Dir. Cr. VII).

perocchè altra è la volontà di delinquere in astratto ed altra è la volontà di commettere un determinato maleficio; e se pur si dicesse che il delinquere non si appresenta mai in astratto all'animo umano ma dee determinarsi in un determinato malefizio la distinzione non di meno starebbe; perocchè si può distinguere al certo l' *animus nocendi*, la volontà di danneggiare in generale, dal proponimento di un reato speciale contro la individualità umana come a dire per esempio dall' *animus occidendi*.

b) La seconda è quella del *dolo diretto* e del *dolo indiretto*. Vi ha dei casi in fatto in cui quella conseguenza probabile e certa del nostro muoverci che è contraria al Diritto costituisce per appunto il nostro intendimento precipuo ed ecco il *dolo diretto*. E vi ha poi dei casi in cui quella consoguenza certa o probabile si prevede e si va incontro alla medesima senza volerla evitare purchè si consegua un dato intendimento, e ciò dicesi *dolo indiretto*.

c) L' ultima distinzione è quella del *dolo possibile* e del *dolo reale*. Il dolo è possibile per regola generale in tutti quegli esseri che son capaci di volontà perchè l' essenza del dolo sta nella volontà di delinquere; sicchè basta esser dotato di intelligenza ed arbitrio perchè siasi *capax doli* ed ecco il dolo potenziale o possibile. Il dolo poi dicesi reale quando nella specie determinata che si appresenta scorgesi la volontà speciale di darle realità.

§ 34. *Delle gradazioni del dolo.*

Quando la voce dolo intendesi nel puro significato del proponimento criminoso, del *volere il reato*, come l'atto del volere non ammette gradazioni intrinseche (perocchè o si vuole o non si vuole un determinato obbietto) non è da riconoscere che possano esservi dei *gradi* nel dolo. Le gradazioni del dolo sono possibili soltanto nelle attenenze del volere sia col maggiore o minor dovere che ci incombe sia con la riflessione che può accompagnare o non accompagnare gli atti della volizione, sia con la maggiore o minore importanza del dettato giuridico che si trasgredisce sia con la forma più o men criminosa nella quale si incarna il maleficio. Da questi vari punti di vista può sorgere una maggiore o

minor quantità nella valutazione del dolo e ciò diviene misura sì per la varia punizione dei vari *genera delictorum* e sì per la punizione dei singoli reati nella loro apparizione individuale. Ma di ciò vuolsi tener conto nella dottrina speciale dei singoli reati.

§ 35. *Nozioni storiche sul dolo* (1).

Nel Diritto Romano la nozione del dolo non trovasi con precisione determinata. Non però fin da' tempi remoti di esso era riconosciuta la necessità del proponimento criminoso per la punizione di un fatto ; chè certo antichissima è quella legge : *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto* (2). E sempre più questa dottrina si venne introducendo in Roma ne'tempi posteriori per quanto impura vogliasi tenere l' originaria significazione di quella sentenza : *consilium uniuscuiusque non factum puniendum est* (3). Il che si fa noto dalle locuzioni a tal uopo adoperate cioè *propositum, voluntas, consulto, sciens, animus nocendi, animus injuriandi, sponte, fraude* (4). Queste locuzioni tutte formavano nel linguaggio del Diritto penale il *dolus malus*, avvegnachè questa locuzione abbracciasse pure ciò che dicea Labeone *omnis calliditas, fallacia machinatio ad circumveniendum decipiendum fallendum alterum adhibita* (5).

Il Diritto Canonico adoperò similmente la voce *dolus* per indicare il pieno concorrimento della volontà nel fatto criminoso ; e vi aggiunse pure la locuzione *scienter* (6).

Negli antichi nostri instituti mercè l'interpetrazione dei giureconsulti le nozioni romane e canoniche sul dolo furono conservate. E la legge del 1808 definì *doloso* il delitto quando l'*atto pratico nasce dalla deliberazione o anche dalla volontà passaggiera del*

(1) *Mittermaier*, Le varie significazioni di *dolus e culpa* nel Diritto Romano e nella Carol. (ted. nel N. Arch. di D. Cr. II).

(2) Paul Diac. (v. parrici quaestores p. 221).

(3) Paul. V, 23 — Cf. l. 7, 14 D. ad L. Corn. de Sic.

(4) Cf. Cic. p. Mil. 7 — Ad Herenn. II, 16).

(5) L. 11, § 2 D. de poenis — l. 43 D. ad L. jul. de adult. — l. 1 pr. D. ad L. Corn. de falsis.

(6) c. 22, X, de homic. — c. 6 , X, de injur. — c. 18, X, de sent. excommunic. — c. 7, X, de cler. excomm. — c. 37, de elect. in VI.

reo (1). Solo il Codice del 1812 non pose niuna definizione benchè dal beninsieme delle instituzioni sorga questa medesima nozione.

§ 36. *Diritto vigente.*

Non altrimente che il Codice del 1812 le leggi del 1819 non hanno enunciato esplicitamente il principio del dolo ma esso traluce da un gran numero di dettati. E segnatamente ne troviamo una testimonianza in questo che allorchè trattasi di quei fatti che non potrebbonsi compiere se non per dolo come la falsità, la frode, il furto e simili non si discerne il volontario dall'involontario perchè non vi è falso, non vi è frode, non vi è furto se manchi il dolo. Ma l'omicidio la ferita la percossa sono fatti che potrebbero avvenire anche senza il proponimento di uccidere di ferire di percuotere e per questi ed altri simili casi il legislatore enuncia come condizione l'elemento della volontà. Come parimente l'espensione della falsa moneta o della falsa bancale, l'occultamento dei ribelli, il ricettamento di oggetti furtivi, la cooperazione ad un delitto posson avvenire senza l'elemento della *scienza* e la legge lo richiede per punire questi fatti siccome *dolosi.*

§ 37. *Negazioni del dolo — Generalità.*

Dalla dottrina fermata innanzi delle condizioni che si addimandano per l'esistenza del dolo sorge spontanea la teorica delle contingenze le quali escludono il dolo da quegli eventi di cui l'uomo è cagione fisica. Imperocchè se richiedesi: 1) che l'uomo abbia *antiveduto* ciò che sarebbe derivato dal suo muoversi spontaneo, 2) che egli abbia *voluto muoversi* non ostante questo antivedere o pure per ottenere ciò che antivedeva, allorchè alcuna di queste condizioni manchi ogni dolo sparisce e l'evento deve allogarsi nel campo dei fatti involontari. Questi due possibili mancamenti vogliono intanto essere partitamente studiati perchè ciascuno di

(1) Art. 3 della Legge del 20 Maggio 1808.

essi dà luogo ad una teorica speciale che debbe essere svolta in tutte le sue determinazioni — Il primo mancamento si riferisce al discernimento che accompagna la volizione; l'altro all'atto stesso della volizione in quanto manca della sua condizione essenziale cioè della indipendenza da ogni estrinseca efficacia e coercizione.

§ 38. *Negazioni del dolo — Specialità.* 1) *Dottrina dell' ignoranza e dell' errore* (1).

L' antivedere le conseguenze del nostro operare importa che prima di produrre un dato atto noi conosciamo quali sono gli effetti che esso è per ingenerare. Ed in quanto la cosa è *saputa* nella coscienza dell'essere operante *prima* che egli venga a determinarsi all'atto del suo movimento organico questo muoversi nasce da *pro-ponimento*. Il conoscere che un atto il quale dev'essere da noi prodotto genererà un evento determinato costituente violazione dei dettati del Diritto suppone due cognizioni : l' una di diritto, l' altra di fatto; l' una nascente dalla comparazione tra lo evento che antivediamo e il dettato della legge, l' altra nascente dal vincolo causale che si scorge tra il nostro muoverci e l'evento prodotto — L' una cognizione non può ritenersi manchevole negli esseri umani dotati d'intelligenza e d'arbitrio (2) se non quando vi sieno delle condizioni anormali nell' essere operante, delle quali ragioneremo in prosieguo ; imperciocchè la legge promulgata dee reputarsi nota *(ignorantia vel error juris non excusat)*. Ma l' altra specie di cognizione che è la cognizione di fatto relativa alle conseguenze del nostro determinarci ad un atto qualunque non soggiace a presunzione di sorta ; e può mancare. Onde nasce la teorica che può considerarsi come negazione del dolo l' ignoranza o l' errore di fatto. L' ignoranza e l' errore son due possibilità diverse tra loro perchè l'una esprime la mancanza as-

(1) *Pfotenhauer* De delicto per errorem in personam commisso (Hal. 1828). *Heffter*, Dottrina dell' ignoranza e dell' errore (ted. nel N. Arch. di D. Cr. t. XII) — *Geib*, Dell' infleunza dell'errore di fatto nel Diritto Penale (ted. Arch. di D. C. Nuova Serie 1837).
(2) Vedi Libro I. § 8.

soluta di ogni cognizione intorno ad una data materia e di qualsiasi opinione, l' altra esprime che non solo manca la cognizione, ma che lo spirito crede di conoscere tenendo per vero ciò che non è tale. Ma amendue queste cose han per comune risultamento la *involontarietà del fatto* in colui che è cagione fisica di questo, perocchè l' essere operante non ha preveduto il legame causale tra l'evento contrario al Diritto ed il suo operare *(ignorantia vel error facti excusat)*.

Questa dottrina venne riconosciuta nel Diritto Romano. Imperocchè si avea come regola che la mancanza della cognizione di fatto per errore o per ignoranza era cagione annullatrice del dolo (1). Così non commettea plagio chi ignorava che era libero l'uomo che egli rubava; chi portava seco una cosa che erroneamente credeva appartenergli non commettea furto nè rapina; e chi ignorava la parentela non commetteva incesto (2) — E sebbene nel Diritto vigente non trovisi espressamente formolato un tal principio pure esso risulta dal beninsieme delle sue determinazioni e dall' aver richiesto come elemento necessario ad integrar l'ipotesi di parecchi reati la scienza di una qualche specialità come per es. nell' uso del falso documento; nella espensione della moneta falsa.

E però l' ignoranza e l' errore egualmente vengono ad escludere il dolo perchè traggon seco la mancanza del proponimento col non essersi prevedute le conseguenze del proprio determinarsi. Dal che si conseguita come criterio pratico a discernere il volontario dallo involontario per conto del discernimento che l' *evento impreveduto sorto dal nostro operare non è mai volontario*, epperò non può mai valutarsi come dolo.

Ma se l'impreveduto è esclusione del dolo vi è pure una distinzione da fare in esso. Imperocchè l' impreveduto poteva essere o prevedibile ovvero imprevedibile. In altri termini talvolta l'ignoranza o l' errore è vincibile, tal altra volta è invincibile all'essere operante. Questa distinzione dà luogo alla duplice dottrina della

(1) L. 9 pr. D. de jur. et fact. ignorantia.
(2) L. 1, D. ad L. Fab. de plag. — l. 44 D. de ritu nuptiarum — l. 11 § 4 D. de his qui not. — l. 36 § 1, l. 37 pr. D. de usurp. — l. 25 § 6 D. de hered. pat. — Instit. IV, 2, 1).

colpa e del *caso* a cui vuolsi consecrare partita trattazione. Imperocchè si dà nome di *colpa* alla negligenza consistente nel non prevedere ciò che sarebbesi potuto prevedere; e si dà nome di caso a quell'evento che non pure non fu preveduto ma era imprevedibile.

§ 39. A) *Dottrina della colpa.* (1)

L'essenza della colpa componesi di due note. L'una è quella della mancanza di volere la quale apparisce limpidissima nella mancanza di prevedimento delle conseguenze del proprio operare non potendosi mai ritenere che siasi voluto quello evento che non si è appresentato alla coscienza dell'essere operante, prima di operare, come una conseguenza certa o almeno probabile del suo movimento; e per tanto la colpa non altrimenti che il caso si differenzia dal *dolo*. Ma l'altra nota caratteristica della colpa sta in ciò che l'uomo se non ha preveduto gli eventi possibili a derivare da un suo fatto volontario, potea prevederli. Or vi ha egli un criterio per discernere questa nota e così distinguer la colpa dal caso? Questo criterio a noi pare che rinvengasi in ciò che taluni fatti sogliono facilmente nel corso ordinario delle cose produrre taluni effetti. Così per esempio il gettar dall'alto una mole in luogo frequentato può facilmente essere cagione di danno alle persone, il gettare una materia accesa in luogo pieno di materia combustibile può facilissimamente produrre l'incendio; ed un incendio in luogo abitato può del pari facilissimamente essere cagione di conseguenze sinistre per la vita delle persone. In somma a seconda che più facile è ad avverarsi un evento, il suo avveramento

(1) *Hasse* La colpa nel Diritto Romano (ted. Kiel. 1815)— *Klein* Della differenza tra il dolo e la colpa (ted. Arch. di D. C. I) — *Mittermaier*. Varie significazioni del dolo e della colpa nel D. Romano e nel Carolino (ted. N. Arch. di D. C, II.)— *Kleinschrod* della essenza e punizione dei fatti colposi (ted. N. A. di D. C. VI) — *Grolman* sul concetto di dolo e di colpa (ted. nella sua Bibl. I) — *Feuerbach* sul dolo e sulla colpa (ted. nella Bibl. del Grolman II) — *Michelet* de doli et culpae in jure criminali notione, Berolini 1824 — *Winssinger* quænam sit differentia inter delicta dol. et culp. (Brux. 1824) — *Kisseler* de ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Romanos (Tub. 1826)— *Gärtner*, Finium culpæ in jure crim. regundorum. (Berolini, 1836)— *Nicolini* Quist. di Dir. (vol. II, n. 2 a 7, 31)—*Zerbst*, su'delitti colposi Dissert. nell'Arch. di D. Cr. Novissima serie 1856).

è meno imprevedibile ed a seconda che un evento è più difficile ad avverarsi cresce la imprevedibilità del suo apparire. Di quì seguita un altro pronunciato, cioè che se le conseguenze ordinarie e dirette sono sempre prevedibili, tutte le conseguenze che escono dall'ordinario movimento delle cose o sorgono per concomitanza di altre cagioni stanno fuori dalla cerchia delle conseguenze prevedibili.

Ciò posto la colpa rende l'uomo sindacabile d'innanti alla giustizia penale? Se noi volessimo rinvenire la sindacabilità speciale dell'evento involontario che si è avverato come conseguenza del fatto volontario, in questo non potremmo trovarla perchè esce dai confini della sindacabilità tutto ciò che esce dai confini della volontà umana. Ma noi crediamo potersi rinvenire in un fondamento superiore la ragione e la misura della punizione della colpa. Il debito che è in ogni uomo di adempiere i comandamenti del Diritto o della legge inchiude l'obbligo del rimanersi dalla volontaria trasgressione dei medesimi, ma inchiude altresì quello di adoperare ogni cura perchè dai nostri fatti anche innocui non derivi un evento il quale sebbene non costituisse trasgressione per il mancamento del volere pure sarebbe alcun che di contrario alle esigenze del Diritto e della legge. Così per esempio il Diritto nel proteggere la vita di ciascuno esige e che nessuno volontariamente attenti alla esistenza del suo simile e che ciascuno attenda perchè non sorga da alcun suo fatto imprudente la distruzione di una esistenza umana. Da ciò si deduce che se la negligenza non è il dolo per rispetto all'evento da essa sorto, pure genera per sè stessa una sindacabilità innanzi al Diritto ed alla legge. Il non aver preveduto, benchè sia un fatto negativo, è un fatto imputabile perchè trova la sua radice nella volontà dell'uomo. Quando una cosa è sottoposta all'attività di un essere in modo che per lui sia possibile, unico impedimento alla traduzione del *possibile* in *reale* è la mancanza della volontà. E se la possibilità cade nel campo di quelle cose che (sendo condizione necessaria per la vita e per la destinazione sociale) costituiscono un dovere per l'uomo, il non aver voluto ciò che si *poteva* e si *doveva* è violazione di un principio giuridico. E per conseguenza se un in-

dividuo potea prevedere le sinistre conseguenze di un suo fatto volontario ancora che innocuo per sè stesso, e non le ha prevedute, ciò mostra che egli non ha voluto prestare a ciò che operava quella attenzione che era suo debito di prestarvi. E per questa violazione del debito di diligenza che naturalmente discende dai dettami del Diritto *(jus vigilantibus scriptum est)* la colpa divien punibile per sè stessa a nome della imprudenza come violazione di un dettato giuridico. Ma il legislatore nel punire la colpa dee punirla con lieve misura rimanendosi dallo avvicinarsi per rigore alla punizione che cade su'fatti volontarii. Se non che vuolsi distinguere la *colpa pura* dalla *colpa mista col dolo*. La colpa pura si ha quando il fatto volontario da cui derivò sinistro evento era per sè medesimo innocuo e sarebbe stato indifferente innanzi al Diritto se l' evento maggiore non si fosse avverato. La colpa mista al dolo si ha quando il fatto volontario è per sè stesso un reato il quale ha dato origine ad un fatto più grave. Nel primo caso il legislatore dee lievemente punire tenendo presente la pura negligenza ; ma nel secondo egli è duopo punire per sè stesso il fatto volontario in sè criminoso e considerare come una contingenza aggravatrice del medesimo l'evento colposo che ne è derivato.

§ 40. *Continuazione — Nozioni storiche.*

La mancanza del dolo nel Diritto Romano antichissimo diceasi *casus* senza distinguersi per anco la involontarietà colposa dalla casuale. La nozione della *culpa* vennesi appalesaudo di mano in mano dal seno del Diritto privato in virtù di quel pronunciato che ciascuno è tenuto a fare indenne altrui di quel detrimento del quale col suo fatto gli è stato cagione. Le determinazioni sulla colpa vennero fuori con la *Legge Aquilia* dove la colpa dava luogo ad una riparazione civile; nè mai prima dell'Impero essa soggiacque a giudicio penale propriamente detto; chè del dolo solamente si occupava il foro penale , e provata la mancanza del dolo si apparteneva al foro civile distinguere la colpa dal caso per le civili conseguenze ; nè le pene private del Diritto Pretorio son da con-

fondere con le pene propriamente dette. Al tempo degl'Imperatori invalse l'opinione della punibilità di alcuni delitti colposi punendosi per altro con pena minore di quella che cadeva sul dolo (1). Pure non vi ebbe una legge generale per i *delitti colposi* e solo singoli casi eran puniti *extra ordinem* per rescritto dell'Imperatore; onde la maggior parte de'delitti colposi dei tempi posteriori son da avvisare come *crimina extraordinaria* puniti con pena più mite di quella del dolo (2). Le distinzioni infine della *culpa* in *levis media* e *lata* non che il principio *culpa lata plane dolo aequiparatur* avean vigore per rispetto alle conseguenze civili, ma non si tenea conto di esse in ordine alla giustizia penale.

Nelle antiche nostre Leggi una Costituzione di Ruggiero puniva con l'estremo supplizio chi precipitandosi dall'alto uccidesse l'uomo e quel potatore che abbia ucciso un uomo mandando giù il ramo reciso senza gridare (3). Ma Federico II restrinse la pena del fatto colposo nei suoi giusti confini punendo questi fatti con un anno di prigionia quando si avverassero in luogo abitato e togliendo per essi ogni pena se avvenissero nei poderi rustici (4). Ed oltre a ciò fu ritenuto in generale che l'omicidio avvenuto per mera colpa dovesse punirsi con pena straordinaria (5).

La Legge del 1808 riepilogò nella sua definizione della colpa la dottrina scientifica e tradizionale dichiarando *essere colposo il delitto che nasce da un atto non voluto dal reo ma le cui conseguenze criminose potea quegli prevedere*. La qual diffinizione sarebbe stata alquanto più precisa se in cambio di dirsi *atto non voluto* si fosse ritenuto come cagione del delitto l'*atto voluto* aggiungendosi che la conseguenza delittuosa non fosse stata preveduta quantunque possibile a prevedersi. Ma il Codice francese, omise di porre una dottrina generale su la colpa, ragionandone solo nelle materie dei vari reati ove la negligenza può avverarsi.

(1) l. 1 De leg.—l. 5 § 2, l. 11 § 2, l. 16 § 8 D. de poenis.
(2) l. 4 § 1, 3; l. 3 § 2 D. ad L. Corn. de Sic.—l. 16 § 10 D. de pubblic. l. 38 § 5 D. de poenis—l. 2 D. de termino moto.
(3) Const. *Qui de alto*.
(4) Const. Poenam.
(5) Const. *Poenam praecedenti*.

§ 41. *Continuazione — Diritto vigente.*

La nostra Legge del 1819 seguì sulla colpa le orme del Codice penale francese; imperocchè non pose una nozione generale sui fatti colposi ma contemplò la colpa nei vari reati ove si presentava possibile. Così nel fatto della fuga dei prigionieri avvisò la negligenza de'custodi, nei reati contro lo stato civile avvisò la negligenza degli ufiziali del medesimo. E nei reati di sangue contemplò l'omicidio le ferite e le percosse nascenti da colpa cui diede nome di reati involontarii. E perchè la punizione di questi fatti si coordina ai particolari generi di reati noi favelleremo di questi fatti colposi in quei luoghi stessi ove il legislatore ne favella. Per ora ci basterà il trarre dalla determinazione legale dell'omicidio colposo il concetto legale della *culpa*. La legge nell'art. 375 del Codice penale dispone così: *Chiunque per disaccortezza, imprudenza, negligenza o inosservanza dei regolamenti commetta involontariamente un omicidio*, *e ne sia involontariamente la cagione sarà punito ecc....* Da queste parole si trae che triplice elemento è nella colpa secondo la nostra legge. Il primo è che l'uomo sia *cagione fisica* (immediata o mediata) dell'evento sinistro; il che si appalesa dalle locuzioni: *commetta un omicidio* (come l'urtare alcuno senza volontà di precipitarlo), *o ne sia involontariamente la cagione* (come il perseguitare in maniera che il fuggente cada in una qualche voragine o sdruccioli etc.) Il secondo è che manchi la volontà concreta e specifica dell'evento sinistro (involontariamente). E l'ultima è che il fatto nostro volontario dee consistere in alcuna imprudenza, o disaccortezza, o negligenza, o inosservanza dei regolamenti.

Ancora la legge nostra ragiona specialmente, nel trattato dei reati di sangue, dell' unione della colpa e del dolo; e quivi chiaramente si scorge che si è considerata in tal caso la colpa come quella *lata culpa quae dolo aequiparatur*. Così la legge punisce come sfregio come omicidio quella ferita o percossa che produca alcuno di questi effetti quando il reo di ferita o percossa volontaria, potea prevedere le conseguenze del suo operare criminoso ed eleva pure a presunzione giuridica di colpa lata il ferire o

percuotere con arma propria da cui nasca una conseguenza maggiore. E così parimente il legislatore dopo aver considerato come fatto punibile per sè stesso l'abbandono o l'esposizione di un fanciullo minore di sette anni, dispone che laddove dal fatto dell'abbandono o della esposizione nasca storpio sfregio mutilazione morte del fanciullo esposto o abbandonato si consideri e punisca come autore di siffatti reati secondo le circostanze l'autore dell'abbandono o della esposizione — E così per ultimo la pena dell' aborto procurato è aggravata quando da esso segua la morte della donna.

§ 42. B) *Dottrina del caso* (1).

Dalla teorica per noi posta intorno la colpa sorge spontanea la nozione del caso; perchè nella cerchia dei fatti involontarii il caso è l' opposto della colpa. Il criterio della colpa sta nella prevedibilità delle conseguenze la quale rende vincibile l' ignoranza o l' errore — L' opposta condizione è il criterio del *caso*. L' impossibilità di prevedere le conseguenze dei nostri atti si ha quando abbiam posto tutta quella cura che suole esser posta da uomo diligente nello esercizio della sua attività perchè i diritti di tutti non sieno violati dal fatto nostro. Il caso non può soggiacere a penalità di sorta ; e benchè l' uomo sia cagione fisica dell' evento questo può ben considerarsi come *infelicitas fati*. E sebbene talvolta il caso si congiunga alla colpa e talvolta anche al dolo noi crediamo che di questo non debba mai rispondere l' essere operante perchè *consilium uniuscuiusque non factum puniendum est*.

Nel Diritto Romano era fermato che quando non si era potuto assolutamente antivedere gli effetti del nostro operare non esistea per rispetto agli eventi sinistri *culpa* veruna, l'evento dovea ritenersi per caso ; e principio generale comunemente accolto era quella sentenza di Cicerone: *nullum crimen est in casu* (2).

(1) *Ziegler*. Quaestiones ad jus rom. pertinentes (Lips. 1837).
(2) Cic. p. Planc. 14—Cf. l. 14 D, de off. praes.— l. 30 § 3 D. ad L. Aq.— l. 25 § 7, D. loc. cond. — l. 4 § 1 D. ad L. Corn. de Sic. — l. 11 D. de inc. Gaii. Instit. III; 282. Justin. Instit. IV, 2, 12.

Nell'antico Diritto del Regno l'omicidio senza dolo e senza colpa fu dichiarato impune come casuale (1). — E la legge del 1808 dichiarò esplicitamente che cessa ogni imputabilità quando nelle azioni manchi e la intenzione di delinquere e la colpa (art. 9).

Il nostro Diritto vigente al pari del Codice francese non ragiona del caso. Ma questo è per appunto il migliore argomento della impunità dei fatti casuali; imperocchè la legge non è dottrina, e segnatamente la legge penale non ha mestieri di enunciare che una specie di fatti è esente da pena quando voglia considerarla come tale; perocchè nel suo silenzio la punizione è interdetta. Spetta alla dottrina de' giuristi riconoscere nel silenzio del legislatore implicitamente sanzionata l'impunità del caso.

Se non che quando il caso si congiunga al dolo in un qualche avvenimento criminoso, *in odium criminis* le nostre leggi riconoscono giusto il fare di quel *caso* una circostanza aggravatrice del fatto doloso. Così per rispetto ai reati di sangue (ferite e percosse) qualora da essi nasca un reato maggiore, ove il delinquente non avesse potuto prevedere le conseguenze del suo reato doloso la legge lo punisce con la pena del reato maggiore diminuita solo di uno a due gradi (2). E simili determinazioni si appresentano a rispetto dell'incendio, delle quali cose tutte favelleremo più distesamente nella teorica dei vari reati.

§ 45. *Negazioni del dolo. Specialità* — 2) *Coercizione del volere* (3).

Perchè si dica che la volontà umana concorre nell'atto uopo è che essa sia il principio efficiente dell'azione come volontà libera. E quantunque volte l'uomo non è la cagione vera ma strumento in balìa di una forza maggiore, quantunque volte l'uomo soggiace a violenza, si ha che egli non opera e per lui diviene inconcepibile quel proponimento criminoso in cui tutta si racchiude l'essenza del dolo. Intanto perchè l'uomo è forza compo-

(1) Const. *Juris gentium*.
(2) Art. 391 LL. PP.
(3) *Antonin*. Diss. de vi et metu (Argent. 1781)

sta di due elementi: l'uno dei quali è la forza organica del corpo, e l'altro è la forza dello spirito, l'uomo può soggiacere a violenza, e quando una forza maggiore vincendo la forza organica del suo corpo si serva di essa come strumento a compiere una data operazione, e quando una forza maggiore vincendo la forza del suo spirito fa sì che questa spinga l'organismo corporeo ad alcune operazioni determinate. Il primo modo costituisce la *violenza fisica*; il secondo la *violenza morale*.

Quando l'uomo sottogiace a forza materiale maggiore della sua egli è cagione solo apparente ma non vera di un determinato fenomeno, anche nel senso di cagione materiale; perocchè vera cagione nel mondo morale non pure, ma nel mondo fisico eziandio, è ciò che muove senza esser mosso da altro. Colui la cui mano è stata presa per forza affine di percuotere con essa un altra persona *non agit sed agitur;* colui che è impedito dall'accedere in un dato luogo per quel momento in cui la legge ve lo chiamava non è cagione fisica del non accedere perchè *nemo tenetur ad impossibile*. Laonde nella violenza materiale l'uomo non è cagione nè fisica nè morale dell'evento; l'evento gli è interamente straniero.

Quando poi l'uomo soggiace ad una coercizione morale, sempre nella sua volontà piglia radice quell'evento esteriore che si è manifestato; e come bene diceva il giureconsulto Paolo: *voluntas coacta voluntas est*. Ma non ostante questo divario manca la sindacabilità nella operazione che è figlia della violenza morale; imperocchè la legge morale è di tale natura da essere obbligatoria per quegli esseri la cui spontaneità rimane inviolata; e tutte quelle leggi che derivano da essa, e da essa traggono il loro vigore non possono dirsi obbligatorie, se non di rincontro alla volontà libera da ogni maniera di coercizione. L'essere proprio della violenza morale sta in ciò che la *libertà del volere* è tolta perchè la volontà non ha più d'innanti a sè una indefinita moltiplicità di atti possibili ed eleggibili; la volontà si trova fra due vie da eleggere, sicchè non possa evitar l'una senza dover incorrere nell'altra. E se le leggi dell'ordine morale diconsi adempiute solo allorquando si presta loro obbedienza potendosi trasgredirle, allora posson dirsi violate quando potendosi prestar loro obbe-

dienza se ne trasgrediscono i dettami. Ma perchè questa coercizione morale si avveri, egli è d'uopo di uno stato urgente che stringa la volontà a trasgredire il comando della legge per evitare un male che si appresenta come maggiore alla coscienza dell'individuo. Questa urgenza che pone le sue radici nella minaccia di un male maggiore, perchè renda non colpabile l'uomo delle sue operazioni, debbe essere 1) un pericolo imminente, 2) di male che si appalesi come assai grave alla coscienza dell' individuo, 3) e che non possa altramente evitarsi che compiendosi quel fatto per appunto che le leggi proibiscono

§ 44. *Continuazione — Nozioni storiche.*

Nel Diritto Romano la violenza materiale viene enunciata implicitamente col principio: *nemo ad impossibile tenetur*. E più chiaramente con quellla locuzione del *majoris rei impetus cui resisti non potest* si fermò la niuna reità subbiettiva del fatto a cui avesse dato luogo il costringimento materiale. Quanto è poi alla violenza morale, il Diritto Romano ne riconobbe tre casi. 1) La coercizione che venga fatta al nostro animo da fisiche contingenze pone nella necessità morale di violare la legge epperò viene ad essere negazione del dolo. Così in un incendio erasi ritenuto il poter entrare nella casa del vicino per salvarvi il proprio (1) — 2) Il *comando* era ritenuto in molti casi come principio di escolpazione per l'esecutore. E segnatamente il criterio regolatore era questo che quando si obbedisse a chi ha diritto di comandare in guisa che sia necessità l'obbedire, il colpevole è solo colui che comanda e l'esecutore operava senza dolo (2), ma quando si obbedisse a chi non ha diritto di comandare l'esecutore era sindacabile, e chi avea comandato era punito come instigatore (3). A rispetto poi dei figliuoli di famiglia e dei servi si facea distinzione tra'delitti gravi ed i leggieri; e quanto ai primi l' esecutore era punibile come colui che comandava, dove che pe'secondi l'obbedienza

(1) L. 3 § 7 D. de incend. — l. 49 § 1 D. ad L. Aqu. — l. 14 pr. D. de praeser. verb. — l. 2, 3 D. ex quib. causis. maj in integr. rest. — l. 13 C. de transact.
(2) L. 37 pr. D. ad L. Aqu. — l. 67 § 1. — l. 169 D. de reg. jur.
(3) L. 11 § 3 a 6, D. de injur.

cancellava l' elemento del dolo (1) — 3) La resistenza ad una ingiusta aggressione pigliava nome di *incolpata tutela* e diveniva negazione del proponimento criminoso; ma egli era duopo 1° che l' aggressione fosse stata illegittima e consistente in una violenza reale (2); 2° che l'aggressione non contenesse un pericolo passato o avvenire ma imminente sicchè la difesa avesse luogo *confestim* non *ex intervallo* (3); 3° che si trattasse di difendere la vita o l'onore (4); 4° che fosse nei confini della propria salvazione o della salvazione di coloro ai quali siam tenuti di prestare soccorso (5). Tra' casi poi di incolpata tutela eravi l' uccisione del ladro notturno quando l' aggredito *parcere ei sine periculo* non poteva, e l' uccisione del ladro diurno *si is se telo defendat* (6).

Nell' antica legislazione patria i principii romani su questa materia si perpetuarono. Già Teodorico nel suo Editto (7) avea posto non doversi avere per omicida chi avesse col ferro respinto colui che veniva a percuoterlo o che violentemente aggredisse i beni con ragunata moltitudine. Federico II poi ravvivò il moderame di incolpata tutela ad una con gli altri pronunciati delle Leggi Romane ritenendo l' impunità dell'omicidio a difesa (8) e l' impunità di colui che uccida il ladro notturno o il ladro diurno che si difende con armi (9). La legge del 1808 dichiarò che *cessa l' imputabilità ne' casi di forza maggiore;* ed allogò tra i casi di maggiore l' incolpata tutela di sè stesso o d' altrui non che l' efficacia di un giusto timore (art. 11, 13).

§ 45. *Continuazione — Diritto vigente.*

La legge del 1819 ha fermato un principio generale nell' art. 62 del Codice Penale. *Non vi è reato quando l' agente ha soggia-*

(1) L. 1 § 12 D. de vi — l. 5, § 14 D. quod vi aut clam. — l. 11 § 4; l. 12 D. de his qui not. inf. — l. 8 pr. C. ad L. Jul. de vi. — l. 20 D. de obl. et act. — l. 7 § 4 D. arbor. furt.
(2) L. 109 D. de reg. jur. — l. 1 C. quando liceat.
(3) L. 3 § 9 D. de vi. — l. 45 § 4; l. 5 pr. D. ad L. Aquil.
(4) L. 1 § 4 D. ad L. Corn. de Sic. — l. un. pr. C. de raptu virgin.
(5) L. 4 D. ad L. Corn. de Sic. — l. 6 § 8, 9 D. de re milit.
(6) L. 6 D. ad L. de Sic. — l. 4 § 1 D. ad L. Aqu. — l. 1 § 27 D. de vi.
(7) Cap. XV. XVI.
(8) Const. *Juris gentium.*
(9) Const. *Terminum vitae.*

ciuto all' impero di una forza cui non ha potuto resistere. Quivi non si fa distinzione tra violenza fisica e violenza morale; non si fa distinzione tra violenza inferita a noi o ad altro individuo; non si fa distinzione tra violenza inferita ad alcuno nella sua persona ovvero nei suoi beni, nè tra violenza che provenga da contingenze naturali o dalla mano degli uomini. Tutte queste distinzioni si confondono in un solo e medesimo principio cioè che ogni efficacia sia fisica o morale diviene violenza quando l' agente vi ha sottogiaciuto in guisa da non potervi resistere malgrado tutti i suoi sforzi. Di maniera che a noi sembra che la legge non potendo *a priori* prevedere nè discernere i casi di coercizione morale pei singoli individui ha voluto lasciare la disamina al criterio del giudice di fatto perchè vegga se la violenza (di qualsivoglia genere ella fosse) avesse avuto tanto di efficacia da costringere l' uomo alla consumazione di un'azione determinata contro i dettami del Diritto.

Solamente due casi ha voluto il legislatore elevare a presunzione di morale coercizione : cioè l' ubbidienza gerarchica e l'incolpata tutela, ai quali è necessario rivolgere speciale attenzione.

§ 46. *Continuazione — Dell' ubbidienza gerarchica* (1).

Noi abbiamo fermato antecedentemente (§ 30) che il fatto contrario alla legge benchè comandato dal superiore gerarchico è sempre un reato allorchè lo si avvisa in sè stesso. Ora egli è necessario disaminare se possa di questo reato ed in quali limiti rispondere colui che l' esegue dietro comando ricevuto dal suo superiore.

Se vi ha teorica rimasta nello indeterminato in materia penale è questa dell' obbedienza per appunto la cui soluzione si presenta discorde a seconda delle condizioni di organamento politico e delle instituzioni di pubblica amministrazione negli ordini civili e militari de' vari paesi. E massimamente la dubbiezza si accresce quando si ponga mente a due pronunciati che quì vengono presso che a cozzo infra loro, l' uno cioè della sindacabi-

(1) *Crell,* An et quatenus jussio eum qui paret a poena excuset eamve minuat (Lips. 1785).

lità di chiunque opera contro la legge, e l'altro della necessità di un'azione non impedita dagli organi secondarii nella direzione della vita dello Stato. Il Rossi intanto avea posto un pronunciato che spande gran lume su questa quistione; e di esso egli è duopo far tesoro per procedere con rigore alla ricerca del vero. Il suo pronunciato è questo: In materia di fatti criminosi eseguiti per altrui comando, la sindacabilità di colui che comanda è in ragion diretta del suo potere di comandare; la sindacabilità di colui che esegue è in ragione inversa della sua dipendenza dal superiore. Esso è fondato sull'altro principio che la sindacabilità è in ragion diretta della libertà del volere. Ma se colui che esegue è tanto meno sindacabile quanto maggiore è la sua dipendenza dal superiore per l'atto che costui gli comanda, egli è pur duopo ricercare se vi ha uno stato in cui la dipendenza dal superiore toglie allo intutto ogni sindacabilità nell'inferiore. Or questo stato non può ammettersi assolutamente. Egli è vero che in taluni ordini dello Stato la disciplina e la prontezza della esecuzione richieggono che si elevi a reato ogni disobbedienza, come accade per appunto nella milizia. Ma nemmeno in questa condizione noi possiamo rinvenire una assoluta e compiuta incolpabilità per qualsiasi reato da parte dell'esecutore. Perchè, conforme dirittamente avverte il Rauter, lo Stato può crollare dalle sue fondamenta come prima si ammettesse l'illimitata ubbidienza passiva; ed un generale sarebbe esposto ad essere ucciso da un soldato, come prima il costui superiore immediato gliene desse il comando. Quale è dunque il criterio per rinvenire la incolpabilità nello inferiore che esegue? Vi son dei casi pe'quali egli è impossibile riconoscere l'ubbidienza passiva illimitata; e questi ci sembrano potersi stringere in quella formola del Diritto Romano: *ea quæ habent atrocitatem facinoris.* Per questi casi non basta all'esecutore il comando del superiore; ma è necessario che egli trovi nella legge il dettato che gl'ingiunga di eseguire alcun fatto in cui si scorgono le apparenze di atroce reato, per esserne interamente scagionato. E perciò noi troviamo che la nostra legge nell'art. 372 del Codice Penale non considera come giustificati gli omicidii, le ferite, le percosse se non quan-

do oltre ad essere comandati dall'autorità legittima vengano *ordinati dalla legge*. Fuori di questa condizione l'inferiore rimane sempre sindacabile di ciò che egli ha operato, e ciò non toglie che il superiore debba pure rispondere del comando illegittimo. 2.° Ma vi son poi dei casi che *non habent atrocitatem facinoris* e per questi l'inferiore può trovare nel comando del superiore una escolpazione *quia parere necesse est;* il che si avvera in quei fatti che possono esser comandati sotto talune condizioni e pe' quali alcuni individui come rivestiti di mandato giuridico dall' autorità civile son chiamati ad eseguire i comandi che ricevono. Così la violazione del domicilio dei cittadini ed ogni atto arbitrario sia contro la libertà individuale sia contro i diritti civili di uno o più cittadini costituiscono per sè stessi un fatto criminoso; ma la legge nostra riconosce alcune condizioni mercè l'avveramento delle quali l'inferiore può trovarsi esente da sindacabilità giuridica. E queste condizioni sono consecrate nel 2.° Comma dell'art. 234 LL. PP., cioè 1) che l'inferiore giustifichi di aver operato per comando dei suoi superiori; 2) che questo comando cada sovra oggetti di ispezione dei superiori; 3) che per questo oggetto l' inferiore doveva ai medesimi una obbedienza gerarchica. Ed in tal caso, come la legge prescrive, l'inferiore è esente da pena e la pena cade esclusivamente su' superiori che han dato il comando.

§ 47. *Continuazione — Dell' incolpata tutela* (1).

La Legge nell'art. 373 del Codice Penale ha accolto la teorica romana ampliandola con gli elementi che la civiltà cristiana le porgeva. Le sue parole son queste, allorchè parla degli omicidii delle ferite e delle percosse non imputabili: *Non vi è reato quando l'omicidio le ferite e le percosse son comandate dalla necessità attuale della legittima difesa di sè stesso o di altrui*. Da queste parole possono desumersi i pronunciati seguenti:

(1) *Puttmann* De moderatione inculpatae tutelae (in Op. jur. Lips. 1733— *V. d. Maesen* de justa sui defensione Ultraject. 1807) — *Bang* De moderatione inculpatae tutelae. (Havn. 1819)—*Smet* De legitima sui defensione (Lovan. 1824)—*Zaepfl* Studi sulla necessaria difesa (ted. Arch. di D. Cr. N. Serie, 1842 1)— *Nicolini* Omicidii a difesa (Quist. di Dir. vol. II, n. 25, 26, 28, 29, è 38; III, n.° 12.)

I. La difesa debbe esser *legittima* nella sua cagione. Di maniera che non può tenersi per incolpata tutela quella di colui che siasi posto con la sua illegittimità nella condizione di essere offeso.

II. Lo scopo della difesa non debbe esser quello di offendere o vendicarsi o annullare il proprio timore ma la resistenza all' ingiusta aggressione, cosicchè cessa la legittimità di essa come prima ne cessa la *necessità*.

III. La necessità debbe essere *attuale* cioè nascere della urgente presenza di un'aggressione che costituisca immediatamente pericolo personale.

IV. La difesa non è limitata alla propria individualità ma abbraccia pure l'altrui (*propter cognationem, quam natura inter omnes homines constituit*); il qual pronunciato è più esteso della *tutela incolpata* dei Romani che solo permetteva difendere coloro ai quali si era in debito di venire in aiuto.

V. La difesa non è limitata alla personalità fisica ma abbraccia la persona tutta quanta; onde si comprende nel moderame di incolpata tutela non pure la conservazione della vita e della integrità delle membra ma altresì la conservazione dell' onore.

VI. Lo esaminare se vi è stata *attuale necessità di legittima difesa di sè stesso o di altrui* è dalla legge riserbato al giudice di fatto.

A questi pronunciati intanto vuolsi aggiungere che la nostra legge sulle orme delle antecedenti tradizioni ha fermato dei casi in cui si ha la presunzione legale della legittima difesa, oltre quelli che possono per disamina di fatto essere accertati. Questi casi son contemplati dall'art. 374 delle Leggi Penali, cioè:

1) l' atto del respingere l'aggressione notturna nel proprio domicilio quando questa si appalesi per iscalata o rottura dei recinti dei muri, o delle porte di entrata in casa o nell'appartamento abitato o nelle loro adjacenze;

2) l'atto del difendersi contro gli autori di furti o di saccheggi eseguiti con violenza.

E finalmente un Sovrano Rescritto del 9 luglio 1838 vi aggiugneva altro caso, fermando che la forza doganale come ogni altra forza pubblica nei casi di aggressione potrà nei modi prescritti dalla legge far uso delle armi da fuoco o delle armi bianche fra i

limiti della imperiosa necessità e con la moderazione che esige una incolpata tutela.

II. DELL' IMPUTAZIONE (1).

§ 48. *Considerazioni generali.*

L'imputazione può diffinirsi l'*accertamento del dolo* o in termini più chiari il giudizio in virtù del quale si riconosce che un evento esteriore ha per *cagione morale* quell' individualità che ne è la cagione fisica, avendo radice nell'aver egli *voluto* alcun atto dopo aver *saputo* che la conseguenza di questo atto sia un evento contraddittorio alla legge. Or posta questa nozione egli è facile il desumerne che il dolo costituisce un fenomeno interno, un fatto psicologico dell'individualità umana; e perch'esso sia certo come una condizione necessaria per aversi il reato, egli è duopo che la società giuridica possa leggere nella coscienza dell'uomo. Di qui si derivano due dottrine che sono da dichiarare partitamente.

a) La prima è che il dolo essendo un fatto speciale ed individuale, il suo riconoscimento non può soggiacere a regole giuridiche *a priori* tranne quella della necessità giuridica che sia dimostrato come una realità di fatto.

b) La seconda è che il dolo essendo un fatto dello spirito appartiene potenzialmente a tutti gli esseri umani salvo per coloro che nel momento dell' azione non hanno il lume della intelligenza; nel che si fonda la *teorica della niuna imputabilità* di alcuni fra gli esseri umani come eccezione alla regola generale che l'uomo è imputabile delle sue azioni.

(1) *Graeffe* D. de imputandis delictis (Lips. 1756) — *Trendelenburg*, Specimen juris naturae exhibens genuinam imputationis notionem (Helmst. 1761, 4.°) *Vosmauer* Specimen exhibens doctrinam de imputatione ad delicta universa adplicata (Lugd. 1775) — *Eckardt* Principia juris naturalis de actionum moralitate ad jus crim. applicata (Jen. 1788) — *Mereau*, sulla moralità ed imputazione delle azioni umane per conto della penalità (ted. nei suoi *Studi*, (Lips. 1797, 8°) — *Klein*, Dell' imputazione dei delitti (ted. Arch. di D. Cr. t. IV) — *Weber* Considerazioni sulla imputazione dei reati (ted. Arch. di D. Cr. t. VII) — *Kleinschrod* Dottrina dell' imputaz. ne' delitti (ted. N. Arch. di Dr. Cr. I. — Vers. ital. Scritti Germ. iv. 1846. I) — *Berner* Dottrina della imputazione (ted. Berlino 1843).

§ 49.— A) *Della illegittimità di ogni presunzione di dolo* (1).

La natura delle cose trae seco che i fatti individuali son di tale varietà indefinita, di tale accidentalità che non potrebbero esser sottoposti ad un criterio universale da cui si derivino regole inalterabili che possano elevarsi a presunzioni giuridiche. E soprattutto laddove si consideri che i fatti psicologici di un individuo non appariscono immediatamente alla coscienza degli altri uomini ma solo nelle azioni stesse dell' uomo, sicchè da questi eventi esteriori bisogna risalire alla cagione morale e però penetrare nei recessi dello spirito umano per discoprirveli, chiaro si scorgerà ch' egli è impossibile elevare alcuni eventi esteriori a presunzioni irrevocabili di proponimento criminoso. Vero è che avvi taluni fatti dell' attività umana i quali ordinariamente si appalesano come esteriore riverbero del movimento interno del dolo, onde per essi è adequata quella locuzione: *res ipsa in se dolum habet, dolo factum, dolo fecisse videri*. Ma questa ricognizione è sempre una quistione di fatto che vuol essere lasciata al criterio del giudice di fatto, al quale per appunto s'appartiene il vedere se siavi dolo nell'azione ovvero se il dolo manchi, sia per una condizione di ignoranza od errore (e sottordinatamente come colpa o caso), sia per una condizione di violenza alla quale non si è potuto resistere. Il legislatore non può dunque statuire presunzione di dolo nè altra regola generale intorno ad esso può fermare tranne quella che il dolo debbe essere dimostrato con argomenti come un elemento necessario a costituire il fatto criminoso. Ed a tal uopo il giudice dee valutare tutto il fatto esteriore che si presenta nel mondo della esistenza e da questo, se è possibile ed in quanto è possibile, risalire alla ricerca del proponimento analizzando il fatto nel suo contenuto (cioè in tutti i suoi elementi) e nelle

(1) *Stein*, de dolo praesumplo in rebus per se illicitis (Rast. 1712) — *Grolman*: Se il dolo si presuma ne' delilli (led. Bibl. di Dir. e Leg. Vol. I, fasc. 2, n. 3)—*Von Reesema* De praesumpl. doli in deliclis (Lugd. Bal. 1807)—*Moltzer* De causis a reo allegaudis quae doli praes. elid. (Lugd. Bal. 1817)—*Wening*, sulla presuuzione del dolo malo secondo il Diritlo Romauo (led. N. Arch. del D. Cr. II; vers. ital, Scr. Germ. Liv. 1846, I)—*Schuster* De Praesumptione doli mali iu deliclis (Goll. 1829).

sue attenenze co' fatti che lo han preceduto accompagnato o seguito per poter pronunziare un maturo giudizio.

Il Diritto Romano ha costantemente ritenuto il principio che il dolo debb'essere provato con chiari argomenti. *Dolum ex perspicuis indiciis probari convenit* (1). Solo perchè il Diritto Romano contenea dei criterii regolatori delle pruove da ciò provenne che per parecchie azioni trovasi spesso additata la formola *dolo factum esse, dolo fecisse videri*. Ma la quistione del dolo richiede una disamina tutta di fatto e movente dalla contemplazione dello evento esteriore per leggere in esso quanta parte vi abbia avuto il volere. *An dolo quid factum sit ex facto cognoscitur* (2).

I Glossatori nell'età di mezzo aveano creduto desumere dal Diritto Romano la massima che negli atti illeciti si dee presumere la malvagia intenzione; e questa interpetrazione venne accolta come dottrina dall'universale dei giuristi. Onde dal Menochio dal Farinacio dal Mattei dall'Alciato e dal Cujacio fu ritenuto come principio del Diritto Romano e come pronunciato rivestito di efficacia giuridica la sentenza *quod quis praesumitur in dolo nisi contrarium probet*. La qual sentenza scritta nel Diritto Romano per un caso speciale non può certamente ritenersi come principio generale quando vediamo in altri moltissimi luoghi consecrato l'opposto pronunciato. Le moderne interpetrazioni del giure romano han fermato che il Diritto Romano non riconoscea la presunzione del dolo come regola nelle azioni illecite. E sebbene il Von Reesema si fosse fatto sostenitore del dolo presunto, il Wening ha risoluto ogni maniera di dubbio con un'ampia trattazione dei vari casi preveduti nel Diritto Romano su tale argomento, accertando che nel Diritto Romano non vi è punto la regola che il dolo si presume, e che anzi vi è la regola opposta che il dolo vuol esser provato.

Le leggi novelle non riconoscono veruna presunzione di dolo. Il dolo, ovvero la volontarietà dell'azione, vuol esser provato non altrimente che tutti gli altri elementi del reato imperocchè il giu-

(1) L. 6. C. De dolo malo — Cf. l. 6 D. de probat.— L. 18 § 1 D. eod. — L. 4, 10 C. de resc. vend.— L. 25 C. de probat. — L. 9 C. quod met. caus. — L. 11 C. de accus.—L. 1 § 5 C. ad L. Corn. de sic.—L. 1 § 3; L. 16 D. eod.— L. 5 C. de inj. —L. 1 C. de exec. rei judicatae—L. 2 pr. D. de dol. mal. excep.

(2) L. 1 § 2 D. De doli mali exc. — Cf. L. 1 § 3 D. ad L. Corn. de Sic.

dice di fatto è tenuto a punire quando vede dinanzi a sè provato il fatto criminoso; e provato non è il fatto criminoso se non quando gli elementi essenziali di ogni reato nella sua generalità e nelle specialità della categoria cui appartiene sono dimostrati. Oltre di che il legislatore non ha enunciato verun caso in cui debbasi necessariamente presumere il dolo. Il che importa che si è lasciato interamente al criterio morale del giudice di fatto il valutare se siavi o non la volontà di operare nell'azione contraria al Diritto senza potersi ammettere presunzione di dolo. Come del pari a rispetto della colpa e del caso spetta al giudice di fatto il disaminare se l'una cosa o l'altra siasi avverata.

§ 50. B) *Delle cagioni che escludono la possibilità del dolo. Generalità e partizione della materia* (1).

Se la legge penale non può fissare *a priori* una presunzione sulla *realità* del dolo, una presunzione sulla *possibilità* del medesimo debbe essere ammessa; imperocchè gli uomini appunto come esseri dotati d'intelligenza e di arbitrio hanno la potenza del determinarsi la quale è radice della sindacabilità. L'uomo in generale è sindacabile, d'innanti alla legge morale, dei suoi trascorsi. La libertà del volere,

Di che le creature intelligenti
E tutte *e* sole *furo e son dotate*,

ci rende tutti imputabili potenzialmente cioè atti al dolo a cagione della intelligenza. Spetta poi al giudice di fatto il riconoscere se quel proponimento, al quale in generale noi siamo atti perchè intelligenti, si è nella specie avverato come una realità concreta (*dolo fecisse*).

Intanto egli non è a disconoscere che vi ha degli stati dell'animo per i quali *a priori* si può ravvisare che *il dolo non ha potuto esistere;* il che è qualche cosa di più della semplice inesistenza del dolo. La determinazione della niuna imputabilità di quegli uo-

(1) *Wicherlink*, De causis quae tollunt imputationem (Lugd. Bat. 1828).

mini che si trovassero in tali stati dell' animo non solo è dimostrazione irrepugnabile della mancanza di proponimento nella specie di fatto, ma è qualcosa che il legislatore non deve lasciare al criterio del giudice, perchè all'esame del giudice di fatto vuol esser lasciato ciò che dai fatti dipende e che il legislatore non può antivedere come alcuna cosa di generalmente certo. La influenza di questi stati dell' anima nella possibilità del dolo contiene una serie di pronunciati universali che come tali debbono esser sottratti alla quistione di fatto sicchè sono da enunciare come regola dallo stesso legislatore. La dottrina intorno l' efficacia di questi stati dell'animo fu domandata *teorica della imputabilità ;* ma noi crediamo doversi piuttosto domandare teorica della *incolpabilità*, cioè della esclusione di ogni possibilità del dolo.

Queste condizioni dell'animo o mettono radice nelle leggi stesse della vita universa, per cui porgesi come un divenire anco la vita razionale degli uomini sicchè tutti percorrono un'età nella quale la vita incipiente porta seco l'immaturità della intelligenza; ovvero mettono radice in contingenze per le quali apparisce la privazione della mente come eccezione alla regola generale che gli esseri umani son dotati di intelligenza ed arbitrio.

§ 51. *Dell' influenza dell' età puerile nel dolo* (1).

Perchè una è la legge di tutta la vita come di ogni singolarità cioè quella del generarsi o divenire, emancipandosi dalla efficacia della forza generale col muovere dall'imperfezione alla perfezione per una progressione ascendente, egli è forza che ci abbia un' età

(1) *Caroccius* De minore delinquente (Francf. 1609, in 8°)—*Schultz* Diss. de delictis puerorum (Altorf. 1683)—*Cordoillet* D. de minoris dolo (Argent. 1781) — *Platner* Programma de venia aetatis (Lips. 1809) — *Cramer* De pubertatis termino ex disciplina Romanorum (Kiel, 1824). — *Unterholzner* Sposiz. delle nozioni di *infans* e *pubertati proximus* (ted. nel t. I)— *Moehl*, De minore aetate punienda (Heidelb. 1834) — *Kitka* , Imputabilità dei giovani delinquenti (ted. A. di D. Cr. 1834)—*Engelkens* de imput. ad poenam propter aetatis defectum (Groning, 1834) — *De Jonge von Ellermeet* De minore aetate noxiam et poenam vel tollente vel diminuente (Trajecti ad Rhenum 1839)—*Dirksen* sui pupilli (ted. Mus. Renano per la Giurispr. I)—*Mittermaier* Dell'imputabilità dei giovani delinquenti (ted. A. di D. Cr. 1841) *Ortolan* sulla imputabilità dei giovanetti (Rev. de legisl. par Wolowshi, Parigi 1843 t. I)— *Nicolini* Dell'età (nelle *Quist. di Dir.* vol. I, n. 11 — II n. 16).

per l'uomo in cui l'idea dell'uomo fisico e morale (appunto perchè la vita trovasi nella sua incipienza) sia incompiutamente attuata. In questa età la vita dell'uomo somiglia quella dell'animale che è determinata dalla sola forza motrice della individualità sensibile e solo a questa si dirizza come a scopo dei suoi sforzi. Se non che la vita dell'uomo ne discorda in quanto l'animale è destinato a permanere nella rappresentazione della idea della individualità quando per l'opposto lo stato incompiuto dell'uomo presenta una seguenza ascendente di incrementi una continua emancipazione dai confini del sensibile e dello individuale alla regione pura dell'intelligenza e delle idee. La quale manifestazione è in vari modi determinata dalle attitudini speciali e dalle accidenze esteriori di ciascun individuo che si svolge a maturità di vita.

Da ciò che l'uomo trovasi nello stato di imperfezione intellettiva finchè dura il periodo d'incremento in guisa da non avere la coscienza di una norma superiore alle proprie azioni, raccogliesi che la *imputabilità criminale manca* in questo stato, mancando una delle condizioni indispensabili alla esistenza del proponimento criminoso. Ma da ciò che l'uomo per legge generale dell'umana natura dee seguire la forma della progressiva evoluzione, onde non passa ad un sol tratto dalla niuna intelligenza alla intelligenza sibbene compie un progresso continuo di incrementi, e da ciò che questo progresso soggiace ad innumerabili varietà dipendenti dalle condizioni speciali interne ed esterne di ciascun individuo, non si può determinar *a priori* con precisione il momento della vita che segni il transito dalla niuna imputabilità alla imputabilità come regola generale per tutti gl'individui, nè lo si può determinare precisamente come un fatto speciale neppure per un solo individuo determinato.

Se non che vi ha di certo un periodo della vita per tutti gli uomini in cui la intelligenza pratica non può tenersi per isvolta siffattamente da porger nitida allo spirito la coscienza morale; e questo è l'infanzia. *Infantem innocentia consilii tuetur*. Vi ha poi al contrario un periodo della vita che ne abbraccia la maggior parte ed in cui la vita umana si esprime come umana; sicchè per regola generale (salvo talune eccezioni) l'intelligenza pratica è svol-

ta in guisa da non potersi revocare in dubbio la esistenza del discernimento; e questo periodo è la giovanezza come quella età che offre la intelligenza di già bastevole a conoscere il bene dal male. E perchè questi due periodi si distinguono tra loro per una progressione indeterminabile, fra l'uno e l'altro s'intramezza un altro periodo della vita cioè l'adolescenza in cui rimane dubbio se l'intelligenza sia svolta; di maniera che fa mestiere di attentiva disamina sulla specialità dell'azione criminosa e sulle condizioni individuali dello agente che in questa età si ritrova per determinar se egli ha operato o non con discernimento cioè se egli era *capace di dolo* nel momento dell' azione.

Epperò il legislatore, avendo a tener conto delle cose che sogliono le più delle volte accadere, dee statuire le presunzioni infrascritte.

I. L'uomo prima di passar l'infanzia dee rimanere esente da qualsiasi imputabilità criminale.

II. L'uomo nell'adolescenza non può tenersi per imputabile senza una disamina speciale della esistenza del discernimento in lui.

III. L'uomo raggiunta la giovinezza dee tenersi per imputabile salvo che si provi l'assenza in lui del principio efficiente della imputabilità criminale.

Questa dottrina fu consecrata nel Diritto Romano. E di vero in quelle leggi per rispetto all'età distinguevasi tre ordini di persone: *infantes, impuberes, minores.*

1.° I *fanciulli* minori di sette anni (*in-fantes*) non poteano commettere delitto nè però eran da punire non potendosi avere in quell'età un concetto del Diritto nè un volere criminoso (1).

2.° Gli *impuberi* non erano assolutamente senza punizione ma trattavasi di vedere se eran *capaci di dolo*, il che doveva investigarsi secondo l'indole di ciascun delitto onde il giudice era chiamato a decidere della imputabilità dei fanciulli dal settimo al quattordicesimo anno (2).

(1) L. 5 § 2 D. ad L. Aquil.—L. 12 D. ad L. Corn. de Sicar.— L. 23 D. de furtis.

(2) L. 13 § 3. D. De poenis —L. 108 D. de reg. jur.— L. 7. C. de poenis— L. 23 D. de aedil. edict.—L. 1 § 15 D. de depos.— L. 3 §2 De tribut. act.— L. 4 § 2. D. de doli mali except.— L. 13§ 1. D. dolo malo —L. 23 D.de dolo

3.° I *minori*, dopo raggiunta la pubertà, poteano solo in condizioni speciali pretendere una considerazione e mitigazione di pene probabilmente nei delitti colposi, ma non già per cagione di adulterio o di stupro (1). E soltanto per taluni reati eran protetti dalla presunzione di ignoranza del Diritto (Libro I, § 5).

Nell' antico Diritto del Regno l' età maggiore fu fissata agli anni diciotto e gl'infanti erano esclusi da ogni colpa per tradizione romana. Nella costituzione di Federico che comincia *minorum jura* dopo essersi parlato della *restitutio in integrum* al minore per gli atti civili parlasi della *restitutio* nei giudizi criminali cioè si limita la esenzione dei minori dalla pena, dicendosi : *Eis autem delinquentibus si delictum procedat ex animo , nisi quatenus miseratio aetatis judicem moverit, minime subvenimus.* Da queste parole alcuni interpetrarono doversi con pena straordinaria punire i minori. Ed una Prammatica ordinò che sia di arbitrio dei giudicanti punirli con ordinaria pena o con più mite , considerata l'atrocità del delitto, la qualità della persona, la reiterazione dei delitti ed altre cose.

La legge del 1808 statuì fra le scuse la età minore dello imputato ed un Decreto del 16 luglio 1812 fissò il termine della pubertà ad anni quattordici. Il Codice Penale francese del 1810 instituì un limite unico cioè quello dell' età di sedici anni, prima di questa età ritenendo la necessità di disaminarsi dal giudice la capacità del dolo, dopo di questa età la presunzione del discernimento.

La legislazione del 1819 ha statuito i seguenti principii:

I. Fino al termine di nove anni la incolpabilità è certa e vi è la presunzione legale dell' incapacità del dolo (2).

II. Dai nove a' quattordici anni la incolpabilità è dubbiosa e vi è mestieri di una disamina del magistrato sull'esistenza del discernimento nell' azione (3).

furt.— L. 2 § 19 D. de vi bonor. raptor— L. 5 § 1 D. de injur—L. 111. D. de reg. jur.— L. 22 pr. D. ad L. Corn. de Fals.— L. 1 Cod. de fals. mon.—L. 4 C. Th. eod.— L. 6 C. ad L. Corn. de Sic.— L. 3 § 1 D. eod. tit.

(1) L.37 § 1 D.de minor.—L. 9 § 1 D. eod. tit.—L. 13, 36, 38 D. ad L. Jul. adult. — L. 1 Cod. si adv. del.

(2) Art. 64 LL. PP.

(3) Art. cit.

III. Dai quattordici anni in poi si presume la esistenza del discernimento per esser certa la colpabilità dell'uomo (1); il che per altro non esclude la possibilità di una pruova in contrario.

IV. Dai nove ai quattordici anni nel caso di discernimento riconosciuto come sussistente e dai quattordici sino ai diciotto anni, vi è una semplice mitigazione di pene (2), del cui fondamento ragioneremo in prosieguo.

§ 52. *Della privazione della mente. Nozioni razionali.*

La privazione della mente (o demenza nel più ampio significato) può avverarsi per diverse forme. Imperciocchè può essere o uno stato permanente dell' uomo ovvero uno stato transitorio. La demenza permanente può derivare o da infermità dello spirito ovvero da mancanza di coltura. E la demenza transitoria o si manifesta per fenomeni anormali del sonno come il sonniloquio o il sonnambulismo ovvero per lo stato della ebbrezza compiuta.

I. Incominciando dalle malattie della mente (3) che generano

(1) Art. cit.

(2) Art. 65, 66 LL. PP.

(3) *Siricius,* Quatenus dementes furiosi et ebrii ex delicto obligentur (Giess. 1669) — *Strykii,* De dementia et melancholia (Francof. 1672) — *Leyser*, De his qui ex mentis imbecillitate delinquunt (Viteb. 1732) — *Remer* De imput. actionum ex melancholia provenientium (Ultraj. 1710)— *Tauber* De jure circa furiosos obtinente (Altd. 1703) — *Chr. Thomasii* De præsumt. furoris et dementiae (Hal. 1719, 1751)— *Crell*, De probatione sanae mentis (Viteb. 1737) — *Hommel* De temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus (Lips. 1755) — *Alberti* De melancholia vera et simulata (Hal. 1743) — *Hoffbauer* , Medicina legale intorno ai mentecatti (ted. Halle, 1802) — *Pinel*, Traité medico-philosophique sur l' alien. mentale (Paris, 1809, 8°) — *Fodéré*, Traité du délire appliqué à la médecine, à la morale, à la legislation (Paris, 1817, 2 vol. in 8°) — *Klein,* Sulle malattie dell'animo (ted. Diss. della Accad. della Scienze di Berlino, 1803) — *Heimroth*, Trattato delle perturbazioni della vita dell' animo (ted. Lipsia 1818) — *Guislain* , De l' aliénation mentale (Amst. 1826) — *Georget,* Discussion medico-légale sur la folie (Paris , 1826, in 8°) — Id. Des maladies mentales considerées dans leurs rapports avec la legislat. civ. et crim. (Paris, 1827, in 8°) — *Groos,* La dottrina della mania senza delirio (ted. Heid. 1830, in 8°) — *Mittermaier,* De alienationibus mentis, (Heid. 1825) — *Id.* De principio imputationis alien. mentis (Heid. 1837 in 4°) — Sul risultato di alcune moderne investigazioni intorno gli stati dubbiosi dell' animo (ted. N. Arch. di D. Cr. t. XVI , trad. *Scr. Germ.* Liv. 1846 t. 2) — *Ferrarese*, Delle malattie della mente (Napoli 1830-32, vol. 2 in 8°) — Programma di Psicologia medico-forense (Napoli 1834 , in 8°) — Quistioni di Psic. med. forense (Napoli 1837, 8°) — *Esquirol*, Des maladies mentales (Pa-

la privazione permanente della intelligenza noi crediamo inutile il tener dietro alle molte e discordi classificazioni proposte dai cultori della scienza. L' antropologia psichica suole riconoscere tre forme generali dello stato di anormalità patologica dell' intelletto. L' una è l' impotenza radicale dello spirito alla vita razionale e questa dicesi *imbecillità* o *stupidezza*. L' altra è il disquilibrio della vita dello spirito perchè il sentimento prepondera sull' intelletto fino a soggiogarlo in maniera da sostituire alla intellezione il fantasma *trattando le ombre come cosa salda*, e questa è la manìa (o *demenza* nello stretto significato). E l' ultima è una forma speciale di disquilibrio in cui lo stato maniaco soggioga l' intelletto e la volontà illudendo quello e spingendo questa ad atti violenti, e questa è il *furore*. Questi tre stati d' *imbecillità*, *demenza* e *furore* possono derivare da patemi corporei ovvero da sofferenze dell' animo ; e tra essi l' imbecillità può essere vizio radicale dell' intelligenza, e talvolta effetto di una infermità materiale. Ma in tutte queste forme vi ha una nota comune cioè che l' intelligenza non può governare la vita dell' uomo che sia tocco da alcuna di esse; cosicchè l' essere il quale vi sottogiace rimane nella pura vita animale e inconsapevole di sè stesso, onde non può mai tenersi come cagione morale delle sue operazioni. Ma tutta specifica ed individuale è la disamina se colui che dicesi colpito da demenza abbia veramente perduto la coscienza di sè stesso e delle sue azioni in modo da non poter soggiacere ad imputabilità criminale. E non è possibile fissare a priori delle regole legislative sì per la innumerabile varietà delle accidenze sì per le difficoltà che presenta il riconoscere lo stato eccezionale della intelligenza dagli atti esteriori degli uomini. Onde savio consiglio di una legge penale si è quello di porre come principio la presunzione giuridica che queste tre infermità dello spirito rendono incolpabile l' uomo , lasciando al giudice di fatto il verificare per mezzo di uomini periti di tale branca di cognizione e special-

ris, 1838, 2 v. in 8°) — *Schnitzer*, Dottrina della imputabilità negli stati dubbiosi dell' animo (ted. Berlino 1840 in 8°) — *Marc* De la folie considérée dans les rapp. avec les questions med. judic. (Paris 1840 8°) — *Nicolini* Del furore. della demenza (nelle Quist. di Diritto t. 2, n. 18 e 19).

mente mercè l' avviso di coloro che coltivano la scienza frenologica il disaminare se sussista o no la demenza.

Intanto a queste forme generali di compiuta privazione dell' intelligenza per infermità dello spirito vuolsi aggiugnere due stati eccezionali che contengono una condizione di intelligenza mista alla sua negazione. L' uno è lo stato di *demenza parziale* come eccezione in un individuo la cui condizione generale ed ordinaria è la sanità della mente (*monomanìa*). L' altro è lo stato di mente sana come eccezione in un individuo la cui condizione generale è la demenza (*lucido intervallo*).

La *monomanìa* (1) è malagevole ad accertarsi perocchè in tutte le attenenze della vita che escono dalla sua cerchia l'uomo si addimostra nel pieno possesso delle sue forze intellettive. Ma la sua essenza consiste in ciò per appunto che si riferisce ad un obbietto ideale determinato il quale occupa di tanto lo spirito da fargli perdere la signorìa di sè stesso, da farlo operare come macchina pura. Onde gli atti che si riferiscono a questa *idea fissa* debbonsi porgere come effetto di un muoversi cieco. Tale è per es. la piromanìa, la monomanìa omicida, la tendenza invincibile a qualche cosa in alcune donne incinte , e simili casi. Certo si è che non vuolsi confondere con la monomania quell'ardenza del sentimento sia erotico sia civile sia religioso che pone un pensiero dominante nello spirito di un qualche individuo e lo spinge ad atti che contraddicono al Diritto ed alla legge. Imperocchè siccome d'ordinario le più atroci scelleranze nascono da violente passioni, e d'ordinario i più abbietti fra i malefizi umani trovano la loro radice in alcuna torbida tendenza del cuore umano bisognerebbe definire come lo effetto di una monomanìa, qualsiasi malefizio. Il divario si porge in ciò che le forti passioni fecondate

(1) *Michu*, Discussion medico-légale sur la monomanie homicide (Paris , 1825, in 8°) — *Brière de Boismont*, Observations médico-légales sur la monomanie homicide (Paris , 1826) — *Regnault* , De la monomanie homicide (Paris, 1828, in 8°) — Nouvelles réflexions sur la monom. homicide (Paris , 1830, in 8°) — *Collard de Matigny* , Quest. de jurisprud. médico-légale sur la monomanie homicide etc. (Paris 1830) — Examen médico-légal sur la monomanie homicide (Brux. 1832) — *Quætelet*, Observations sur le penchant au crime (Paris , *Rev. Encycl*. 1831) — *Ferrarese* , Trattato della monomania suicida (Napoli 1835 in 8°) — Esame dello stato morale ed imputabile dei folli monomaniaci (Napoli 1835, in 8°).

nello spirito trascinano la volontà ma non offuscano l'intelletto in guisa che operi alla cieca e senza prefiggersi uno scopo, ed eleggere i mezzi; dove per l'opposto nella monomanìa si verifica che gli atti ad essa appartenenti sono eseguiti senza coscienza di ciò che si opera a guisa di un bruto che istintivamente tende a quello cui è dirizzata la sua natura senza rendersi conto de'suoi propri movimenti. Laonde una disamina accurata sulla vita in generale dell'essere operante e sulle specialità nelle quali si concreta il suo operare debbe discernere la vera dalla falsa monomanìa. Ma posto che la si rinvenga come un vero di fatto, per le operazioni contenute nella sua cerchia vuolsi ritenere la mancanza di ogni possibile dolo.

Il *lucido intervallo* (1), se a prima fronte lo si avvisa, non parrebbe dover esser tale da escludere l'imputabilità criminale degli atti operati nella sua durata; imperocchè la sua apparenza è per appunto lo stato di sanità della mente. Ma il lucido intervallo è fugace momento. La sua brevità mostra a chiare note il perdurare dell'abituale infermità della mente; sicchè le sue apparizioni sono intermittenze di uno stato malsano ma non cessazione di questo, non un pieno ripristinarsi della intelligenza in tutta la sua forza ed efficacia. Oltre a ciò negli intervalli più puri resta sempre una declinazione dell'armonia delle forze dello spirito necessaria a costituire l'unità della vita razionale, onde bene avvertiva il Friedreich che il lucido intervallo è quel momento della demenza nel quale rimangono ascosi i fenomeni dell'alienazione mentale tuttora perseverante. E pertanto non può ravvisarsi in esso una eccezione al principio della incolpabilità del demente.

II. Uno stato di demenza permanente che non proviene da infermità dello spirito ma si porge sotto una forma simile a quella dell'*imbecillità* è la mente isterilita per mancanza di qualsiasi coltura, cioè lo stato che dicesi *idiotismo*. L'intelligenza è chiamata a svolgersi come ogni forza organica; ma perchè la vita di ogni essere particolare rannodasi alle leggi generali della vita ed abbisogna del soccorso delle altre vite per il proprio incremento,

(1) *Friedreich* Dell'imputazione dei pazzi nel lucido intervallo (ted. N. A. di D. Crim. t. XIV, trad. Ser. Germ. Liv. 1846, t. 3)

l'intelligenza individuale non può altramente svolgersi che nel commercio con le altre intelligenze; onde ciascun uomo riceve l'alimento del suo pensiero dal pensiero della società umana e l'educazione è mezzo indispensabile allo incremento intellettivo dello individuo, ed il difetto di coltura educativa trae seco lo isterilirsi della forza ingenita che rimane come terreno infecondo. Vero è che il *compiuto idiotismo* è raro ad avverarsi perchè presuppone un uomo per tutta la sua vita abbandonato a sè stesso. Come la luce ed il calore si diffondono di cosa in cosa, il sapere come opera del pensiero non può non comunicarsi da un uomo ad un uomo mercè la convivenza sociale e la parola. Ma laddove si avveri la certezza di fatto di un compiuto idiotismo ne segue per la mancanza assoluta di qualsiasi cognizione quella ignoranza di fatto e di dritto che cancella ogni sindacabilità possibile d'innanti alla giustizia penale.

Una specie sottordinata poi dell'idiotismo è la condizione dei *sordi-muti nati* (1). La mancanza dell'udito impedisce la parola che non pure è veicolo indispensabile alla propagazione dei pensieri e delle cognizioni, ma è condizione essenziale della interna riflessione come eloquio dello spirito con sè stesso. Onde nei sordi muti si ha come accertata la condizione dell'idiotismo. Se non che atteso i metodi escogitati dalla civiltà moderna per la educazione dei modesimi egli è facile ad avverarsi che un sordo muto sia nel grado di aver cognizioni e però di operare come essere sindacabile. Ma perchè suole parimente avvenire che il sordo muto rimanga senza coltura in mezzo alla coesistenza sociale, bisogna fermare come presunzione il principio della incolpabilità del sordo-muto salvo la pruova in contrario. Cosicchè nelle esigenze della pratica principio direttivo può tenersi quello della dubbia reità non altrimenti che avviene per quell'età che è media tra l'infanzia e l'adolescenza; sicchè egli è duopo di apposita quistione individuale per discernere se l'azione è stata ese-

(1) *Boemeri* De delictis a surdis et mutis commissis (in Obss. ad Carpzov.) — *Gasser* De inquisitionis contra surdum et mutum natura (Hal. 1729) — *Hertius* Mutus et surdus crimini respondens (Opusc. T. II, p. 389) — *Vivé*, Diss. sur les délits des sourds et muets (1803) — *Guyot*, Dissertatio de jure surdo-mutorum (Groning. 1834).

guita con discernimento. Il che vuolsi ritenere fino a quando la educazione dei sordi muti non divenga un istituto sociale universalmente accolto ed organato in guisa che non si presenti facile il caso di un uomo nato sordo muto e rimasto senza coltura,

III. Una forma di demenza transitoria è quella che si appalesa in taluni fenomeni anormali del sonno (1). Certo si è che il sonno è un fenomeno normale della nostra vita, la quale , se nella veglia porge il *predominio della spontaneità sulla recettività*, dee ritemprarsi nel sonno mercè la *preponderanza della recettività sulla spontaneità*. Onde nel sonno si avvera che l'uomo soggiace all'efficacia della forza della Natura, e più passivo che non è attivo perde ciò che è il fondamento del predominio dell'attività, cioè l'unità della coscienza e la coscienza della sua unità; onde i desideri i fantasmi si confondono con le intellezioni, ed il pensiero della realità che come universale sta sempre d'innanti allo spirito vien composto con gli schemi della immaginativa e genera il sogno. In tutto questo stato manca ogni maniera d' imputabilità, e l'uomo può dirsi privo di mente; ma questa sua demenza non si porge per sè stessa come obbietto di disamina nella teorica del dolo, perocchè nel periodo normale del sonno non solo l' uomo perde la signoria di sè stesso nel mondo dello spirito, ma perde altresì la forza del produrre fenomeni nel mondo della realità esteriore; e non può divenire nemmeno cagione fisica di un fatto contraddittorio al Diritto.

Quello che nello stato di sonno dà luogo a disamina è l'anormalità di taluni fenomeni che dànno al dormiente l' apparenza dell'uomo che veglia; e perchè la parola e l' azione son le due forme onde gli esseri come noi si appalesano attivi, si avvera nel momento del sonno qualchevolta, sia per vizio radicale, sia per accidentale infermità corporea, o il *sonniloquio* o il *sonnambulismo*. E perchè la parola può essere una specie di fatto umano contrario al Diritto, anco per sè medesima avvisata , noi strin-

(1) *Friese*, De delictis dormientium (Ten. 1701) — *Boetner* An et quatenus somnia hominibus imputantur (Lips. 1703)— *Dietrich*, An ea quae hominibus in sommo et somnio accidunt iisdem possint imputari (Viteb. 1726)—*Alberti*, De imputativitate somnii (Gott. 1745)—*Fricke* D. de noctambulis (Hal. 1775).

giamo in un sol punto di vista i due casi del *sonniloquio* e del *sonnambulismo*. Ora i sintomi del sonno anormale sono simili a quelli della veglia, ma non escono dai confini dello stato di sonno, perocchè la vita corporea è sempre legata alla vita della Natura in guisa da conservarsi quella mancanza di unità della coscienza e di coscienza della propria unità nelle quali si concreta lo stato di veglia. Manca la coscienza morale dei propri atti, la cognizione è stretta nei confini del senso, e l'uomo sonniloquo o sonnambulo non ha la signoria di sè medesimo e delle sue forze morali. E però questo stato è esente da imputabilità quali che sieno gli atti commessi durante il suo impero. Nè si dica che gli atti del sonnambulo o sonniloquo sono l'eco dei pensieri della veglia; chè oltre all'essere questa congchiettura smentita bene spesso da'fatti, non bisogna vedere se l'uomo nella veglia abbia pensato o voluto un atto, perocchè del pensiero o del puro proponimento non può tener conto la giustizia punitrice; ma trattasi di sapere se nel sonniloquio o nel sonnambulismo si possa commettere un atto con coscienza di ciò che si opera; e lo stato di sonnambulismo o sonniloquio non costituendo punto un'interruzione del sonno, quale che possa essere l'apparenza di veglia contenuta nei suoi movimenti, si ha sempre l'incolpabilità degli atti che si avverino in queste condizioni anormali del sonno, come di atti sotto l'imperio di una transitoria demenza.

IV. Finalmente porgesi uno stato simile a quello della manìa per la privazione della mente, benchè transitorio, cioè l'*ubbriachezza* (1). La quale è stata variamente avvisata ed ha dato luogo a dubbi sì perchè spesse fiate mette radice nella volontà dell'uomo che si pone da sè nella condizione di ubbriaco, sì perchè non sempre è tale da offuscare il lume della intelligenza ma presenta delle gradazioni dal semplice brio sino alla compiuta perdita del-

(1) *Bachmann*, De poena et jure ebriorum (Jen. 1673-1737) — *Bodinus*, De jure circa ebrietatem (Hal. 1691-1726) — *Berger* de excusatione ebriorum (Viteb. 1689) — *Stein*, De ebrio delinquente (Rost. 1710) — *Gerdesius*, De ebrio delinquente (Gripbisv. 1732) — *Lever* Diss. de ebrio delinquente (Lugd. Bat. 1790) — *Dufour* sur l'ivresse (Paris, *Thémis* 6. I) — *Mittermaier* della influenza dell'ubbriachezza nella imputazione e nella punizione (ted. N. A. di D. Cr., trad. Scr. Germ. Liv. 1846, t. 1)

la coscienza del proprio operare. Egli è certo che colui il quale è eccitato dal vino perde quella calma che è condizione della riflessione, e in balìa dell'impeto poco o nulla valuta le conseguenze del proprio operare e le attenenze del medesimo co'dettati della legge. Ed egli è poi indubitato che se l'ebbrezza ha delle gradazioni vi ha fra queste uno stadio di compiuta negazione delle facoltà mentali, in cui lo stato dello spirito è quello di una serie di allucinazioni simili a'sogni del dormiente benchè la vita corporea non sia nello stato di sonno. Per questo stato di compiuta ubbriachezza e solo per esso il dolo dee ritenersi come impossibile. Nè a questo può fare ostacolo la sua volontarietà o la sua abitualità. Imperocchè riconosciutosi una volta che la compiuta ubbriachezza, allorchè certamente esisteva al momento dell'azione, trae seco che questa non ha più l'uomo come cagione morale bensì l'uomo come pura cagione materiale, le cagioni o le condizioni estrinseche di questo stato non possono valere a togliergli l'indole fondamentale di una *transitoria demenza.* Se l'ebbrezza è stata l'effetto della volontà o costituisce un vizio abituale, si può punire l'ebbrezza per sè stessa come un fatto illegittimo o al massimo come un fatto volontario dal quale sia derivata una conseguenza funesta e contraria al Diritto; e quindi la si può punire come un reato di suo genere ovvero si può punire come *colposo* quell'atto che fu commesso durante il suo imperio. L'imputazione sendo il giudicio con cui si riconosce un atto come voluto nel momento dell'azione, imputare alla volontà quelle cose che accaddero quando la volontà non era rischiarata dall'intelligenza sarebbe opera impossibile atteso la contraddizione nei termini. Nè crediamo poi che quando l'ebbrezza è compiuta debba tenersi conto della stessa premeditazione di ubbriacarsi per attuare un dato disegno criminoso (senza voler quì parlare di quella ebbrezza che è apparente e simulata come mezzo a procacciarsi l'impunità del delitto commesso). Nè sembri soverchiamente ardito questo nostro assunto. Imperciocchè quando l'ebbrezza è compiuta si ha la certezza che colui che ha operato non avea la coscienza di ciò che operava sicchè la premeditazione sparisce da questa individualità con l'offuscarsi dell'intelletto e della coscien-

za. La premeditazione di un malefizio l'aggrava in quanto lo si esegue con la coscienza di aver premeditato e persistendo nel disegno già formato. Ora l'ubbriaco non persiste nella coscienza del disegno;chè altrimente non vi è compiuta ubbriachezza,perch'egli conserva la signoria di sè medesimo. Egli forse nel momento dell' azione, se fosse stato nel pieno possesso delle forze mentali, si sarebbe astenuto dall'attuare quel disegno che avea premeditato. Con ciò noi non crediamo doversi ritenere impune chi volendo commettere un dato maleficio si ubbriaca per consumarlo più arditamente e procacciarsi insieme un mezzo d'impunità, perocchè colui che avesse tanto fermato nel suo animo si accenderebbe col vino ma attenderebbe a non perdere interamente la signoria di sè medesimo altrimenti correrebbe rischio di non sapere e di non potere eseguire ciò che vuole, epperò non si porrebbe mai in quello stato di *compiuta ubbriachezza*, nella quale sola noi riponiamo la privazione momentanea della mente, la *demenza transitoria*. Dalle quali considerazioni si raccoglie i seguenti pronunciati sulla ubbriachezza:

1) Quando l'ubbriachezza è compiuta sarebbe ingiustizia il punire l'essere operante come cagione *sciente* e *volente* di fatti che non ha potuto estimare nè eleggere con cognizione di causa.

2) Nello stato di ubbriachezza compiuta non si può fare eccezione alla mancanza del dolo per la volontarietà o abitualità della ubbriachezza; ma l'ubbriachezza volontaria e l'abituale possono considerarsi come fatti punibili per sè stessi essendo occasioni di funeste conseguenze: ed ogni evento avverato sotto l'impero di una compiuta ubbriachezza può punirsi come *colposo* quando l'ebbrezza è stata volontaria, o l' effetto di un vizio abituale.

3) L'ubbriachezza incompiuta può attenuare l'intensità del maleficio per mancanza di riflessione ma non cancellare il dolo; e se è premeditata non potrebbe dar luogo a mitigazione di pena sì perchè niuno può trarre vantaggio dal proprio fatto illecito sì perchè è stata adoperata come mezzo ad attuare un disegno criminoso.

§ 53. *Continuazione — Nozioni storiche.*

Nel Diritto Romano la teorica della privazione della mente porge alcuni principii spiccati, ma non un compiuto sistema. Quanto alle infermità dello spirito era massima fondamentale: *furiosi nulla voluntas est* (1), e la voce *furor* chiudeva in sè tutte le malattie mentali, sotto il cui impero gli atti commessi si avvisavano come *infelicitas fati* (2). Quivi furono preveduti ancora gli *intervalla sensu saniore* pe' quali ogni imputabilità era tolta (3). Per gl'idioti porgevasi la voce *rusticitas* ed erano esenti dal dolo con la formola *Imprudentiæ succurritur* (4). I sordi muti erano annoverati *inter imbecillos* (5). E finalmente a rispetto della *ebrietas* le *leges* non parlano della efficacia di essa sul dolo. Ma sotto gl'Imperatori fu considerata come una specie di quell'*impetus* che stava medio tra il *dolus* ed il *casus* ed era avvisato al medesimo modo che la *culpa*. *Impetu* (delinquitur) *cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur* (6). E specialmente pe'militari riteneasi remissibile almeno la pena capitale a coloro che erano *per vinum lapsi* (7), e pe'reati di maestà l'ubbriaco che parlava contro il Principe era assoluto dalla pena (8).

Il Diritto Canonico al *furioso* dei Romani aggiunse il sonnambulo con quel precetto: *Si furiosus seu dormiens hominem mutilet vel occidat nullam ex hoc irregularitatem incurrit* (9). E quanto agli ubbriachi riconobbe la mancanza di consapevolezza delle loro azioni: *Nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, jacent sepulti* (10).

Su queste basi vennesi formando la dottrina dei pratici antichi, nè le leggi antiche del Regno immutarono alcun che dei pro-

(1) L. 40 D. de reg. jur.
(2) L. 12 D. ad L. Corn. de Sic.
(3) L. 14 D. de off. præs—l. 6 C. de ver. fur.—l. 9 C. qui test—l. 2 C. de contr. emt.
(4) L. 108 D. de reg. jur.
(5) L. 3 § 8 D. de SC. Silan.
(6) L. 11 § 2 D. de poenis.
(7) L. 6 § 7 D. de re mil.—l. 12 pr. D. de cust. reor.
(8) L. 1 C. si quis—Cf. l. 12 D. cust. et exhib. reor.
(9) Clement. Lib. V, tit. 4.
(10) C. 7 C. XV, qu. 1.

nunciati romani e canonici (1). E al *furioso* del Diritto Romano vennero assomigliati il prodigo, il geloso, l'impubere e persino l'uomo preso dall'*ira* che si avvisava come in breve furore. La dottrina che più diede luogo a dilucidazioni fu quella della ubbriachezza. Il Gandino, il Bonifacio e l'Aretino statuirono essere quella una ragione di mitigazione della pena (2). E col Claro si cominciò a riconoscere che la compiuta ubbriachezza libera dalla pena del *dolus* sottoponendo l'ubbriaco a soffrire la pena della *culpa* (3). Onde il Farinacio insegnava: *Ebrius punitur non propter delictum sed propter ebrietatem* (4). Ed in generale fu tra noi assomigliato l'ubbriaco al furioso tranne allorchè fossevi ebbrezza procacciata ed effettuata, *ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum ea excusaret* (5).

La legge del 1808 riconobbe come principio generale la niuna imputabilità dei dementi, e per rispetto all'ubbriachezza la considerò come una scusa de'reati di sangue distinguendo l'ebbrezza accidentale dall'abituale e dando minore mitigazione a cagion della seconda, maggior mitigazione a cagione della prima.

Il Codice francese pose una massima fondamentale e comprensiva di tutti i fenomeni in cui si appalesa la privazione della mente. Imperocchè statuì come regola non esservi reato quante volte l'agente trovisi nello stato di demenza o furore nel momento in cui segue l'azione.

§ 54. *Continuazione—Diritto vigente.*

La legislazione del 1819 seguitando le orme del Codice francese ha riprodotto nell'art. 61 LL. PP. la massima fondamentale: *Non vi è reato quando colui che l'ha commesso era nello stato di demenza o furore nel tempo in cui l'azione fu eseguita.* Con questa formola il legislatore ha voluto rimanersi dal porre delle

(1) Const. *Terminum vitæ*.
(2) *Aretin.* de malefic. p. 111.
(3) Pract. crim. qu. 60, n. 11.
(4) Farin. qu. 93, n. 4.
(5) Id. qu. 93, n. 11.

norme *a priori* per tutte quelle specie di privazione della mente di cui la scienza penale si occupa, ha voluto evitare le distinzioni scolastiche e lasciare al criterio del giudice di fatto lo esaminare individualmente lo stato dell'imputato per discernere se egli nel momento in cui operava era irraggiato dal lume dell'intelligenza. Nè vogliasi credere che avendo il legislatore adoperate le voci *demenza* e *furore* abbia voluto esprimere i soli casi della demenza nello stretto significato di *manìa* e del furore o *manìa violenta*. La prima legge di ogni interpetrazione si è quella di non far supposizioni che pongano la legge in contraddizione con sè stessa sicchè quando bene le parole usate fossero poco precise, pure l'interpetre non può mettere in mezzo conghietture ingiuriose al senno del legislatore. Il supporre che l'art. 61 parli di sola la mania allorchè enuncia lo *stato di demenza* sarebbe uno escludere l'incolpabilità dell'*imbecille*, e non è mai verisimile il supporre che il legislatore al maggiorenne imbecille interdica la amministrazione del suo patrimonio come la interdice al demente, ed al furioso, e poi nel campo della penalità lo ritenga colpabile dove che dichiara incolpabile lo stato di demenza e furore. Dal che si può sicuramente desumere che lo *stato di demenza* è una locuzione di ampio significato il cui avveramento nei fatti è riserbato al criterio del giudice di fatto, ed è per appunto la locuzione che abbraccia tutti i casi in cui l'uomo abbia offuscata l'intelligenza. Epperò, oltre all'imbecille, il monomaniaco, il demente ne'lucidi intervalli, l'idiota, l'uomo nato sordomuto e non educato, sono implicitamente dichiarati incolpabili in virtù dell'art. 61 delle LL. PP.—E questa stessa deduzione crediamo dover esser fatta per rispetto all'ubbriachezza compiuta. Nè si dica che la legge non ha posto l'ebbrezza fra le scuse, sicchè l'interpetrazione uscirebbe dai suoi giusti confini. Imperocchè noi non diciamo che l'ebbrezza possa essere ragione di mitigazione delle pene secondo le nostre leggi positive, ma diciamo che l'ebbrezza compiuta come una transitoria demenza, a simiglianza di parecchi altri stati non espressamente riconosciuti dal legislatore per privazione dell'intelligenza, debbe esser considerata come una delle specie implicitamente prevedute in quella incolpabilità del-

lo *stato di demenza* fermata come norma generale dallo articolo 61 LL. PP. E se altro argomento a ciò si richiedesse lo si rinverrebbe nel Sovrano Rescritto dei 7 febbraio 1835 col quale dicesi sul reato di bestemmia *l'ebbrezza non essere cagione legale di scusa*. Se in principio fosse esclusa la ebbrezza dalle cagioni diminutive del dolo in ogni qualsiasi reato sarebbe bastato il silenzio, senza esservi bisogno di una espressa enunciazione per il caso particolare della bestemmia; e s'egli è vero che *exceptio firmat regulam*, a noi pare che queste parole del Rescritto sieno bastevole argomento a mostrare che l'ebbrezza può ritenersi, quando è compiuta, come tale da annullare la imputabilità dell'agente.

§ 55. *Condizioni che non escludono il dolo.*

A compiere questa delineazione della incolpabilità di taluni esseri umani bisogna notare che la vecchiezza, il sesso muliebre e l'impeto degli affetti non son condizioni tali da annullare la possibilità del dolo. La vecchiezza porge l' infievolimento fisico dell'uomo e talvolta anche l'infievolimento dell'intelletto; ma questo non è tale da cancellare in tutto la coscienza morale e può assomigliarsi allo stato del minore di anni ventuno che ha passato il diciottesimo anno. Medesimamente il sesso femminile non potrebbe portar seco limitazione alla colpabilità perchè il raggio dell'intelligenza appare egualmente e nell'uomo e nella donna. E per ultimo l'impeto degli affetti può togliere la riflessione ma non l'operare con una volontà determinata dall' intelletto per quanto sia rapido l'intervallo che corre tra il primo pensiero del reato e la sua materiale esecuzione. Il concetto di Seneca *ira furor brevis* è locuzione retorica per esprimere la forza dell'ira ma non è adequata definizione dello stato psicologico dell' iracondo; e l' ira può attenuare l' intensità del maleficio ma non toglierlo all' intutto. Per conto delle altre passioni come non v' ha maleficio che si avveri senza che una qualche passione trascini seco il volere bisognerebbe per tutti i reati dichiarare l'incolpabilità se alla forza delle passioni si tribuisse l'efficacia di annullare la possibilità del dolo.

Il Diritto Romano per rispetto ai vecchi non ha fermata la esclusione del dolo come non l'ha fermata per rispetto all'ira ed agli altri stati psicologici dell'essere operante. Solo per le donne a rispetto di taluni reati presumeva l'ignoranza escusabile del Diritto *propter sexus infirmitatem*, cioè per il falso testamento, per quel *crimen falsi* che era preveduto dal SC. Turpilliano e per lo incesto secondo il Diritto civile (1).

Nelle antiche leggi era lasciata all'arbitrio del giudice la minorazione delle pene per la vecchiezza ed il sesso muliebre. L'iracondo era assomigliato al *furiosus*. E in generale per le perturbazioni affettive dell'animo si stimava che *non excusant in totum sed tantum faciunt ut mitius delinquens puniatur* (2).

Nel Diritto vigente il sesso muliebre e la vecchiezza hanno una considerazione per rispetto a talune pene ma non già relativamente al reato nè come cagione di attenuazione del reato. E l'impeto degli affetti è valutato nelle sue attenenze co' reati di sangue come cagione di mitigazione di pena per attenuata intensità del reato.

SEZIONE SECONDA

TEORICA DEL DANNO (3).

§ 56. *Nozione fondamentale.*

Non altrimente che al cominciar la trattazione del dolo noi dicemmo che l'analisi di esso presuppone un evento avverato nel mondo dell'esistenza per esaminarsi se questo evento è figlio del

(1) l. 9 pr. D. de jur. et fact. ignor. — l. 15 § 4, 5 D. ad L. Corn. de falso — l. 1 § 10 D. ad SC. Turp. — l. 38 § 4 D. ad L. Jul. de edult.

(2) Nicolini Quist. di Dir. vol. I, n. 9 e 10 — vol. III. n. 11.

(3) *Bader* de conatu punibili (Francof. 1646) — *Dilherr*. de conatu poenam secundum naturæ et voluntaria jura incurrente (Alton. 1649)—*Ch. Schlegel*. Disput. de Conatu (Ien. 1667). *G. A. Hoyer*. Diatribe de conatu (Giessæ 1637)— *A. G. Turcke*. De maleficiis coeptis (Helms. 1680) — *A. N. Sultzner*. De impunitate conatus in delictis (Lips. 1688) — *Stok*. de conatu (Marb. 1693) — *I. H. Potii*. Tractatus de poena conatus. (Francof. 1698) — *Stavinsky*. de poena conatus. (Regiom. 1710) — *H. Alers*. De poena cogitationum ad l. 18 Dig. de poenis (Bremæ 1713) — *Tenzel*. De poena criminis imperfecti (Brf. 1730)—

proponimento criminoso, egli è qui da notare che nella teorica del danno si presuppone l'esistenza del proponimento criminoso perchè si disamini se da questo proponimento l'uomo è passato alla attuazione di esso nella realità esteriore. I proponimenti opposti al Diritto per quanto possano essere un fatto immorale non sono vere violazioni del Diritto perchè questo è la legge morale nelle sue attenenze con l'attività dell'uomo indipendentemente dalle attenenze della legge morale con la volontà pura nell'intimo della coscienza. Onde concorde pronunciato degli scrittori di scienza

Vereyck. De cogitatione a poenis libera (Lugd. Batav. 1730) — *I. Ch. Iahn.* Harmonia juris nat. et crim. in doctrina de imputatione crim. attentati (Lips. 1734) — *Brukner.* Dissertatio sistens crimen conatus. (Ienæ 1735) — *Hertzog.* De crimine conatus (Ienæ 1735) — *T. Thomasius.* Problema juris crim. an poena delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus (Lips. 1735) — *Hoffmann.* De initiis delictorum (Tubing. 1768) — *Hovius* do poena conatus (Amsterd. 1774) — *Van Bommel.* De cogitationo et conatu in pœnalibus (Lugd. Bat. 1776) — *Heidemann.* De conatu delinquendi (Halæ 1799) — *Witzel.* Esposiz. succinta della differenza fra i delitti preparati, cominciati e consumati e della pena applicabile a ciascuno di questi casi (ted. Iena 1808) — *F. Cropp.* Commentatio de præceptis juris romani circa puniendum conatum delinquendi (Heidelberg 1813 dissertaziono coronata) — *De Brunn Nurgard.* Dissert. de Conatu delicti ejusque pœna. (Gotting. 1817) — *F. Lefebure.* De conatu delicti (Gand. 1820) — *B. A. Wintgens.* De couatu delinq. ejusque poena (Groning. 1822) — *I. A. Philipse.* De conatu delinquendi (Lugd. Batav. 1822) — *F. Car. Faider.* De lege 2 cod. poen. scil. de conatu delinq. (Traject 1825) — *Iordan.* De nonnullis controverstis ad doctrinam de conatu delinqu. spectantibus (Marb. 1826) — *M. A. de Kettelhodt.* De consummationc delictor. in genere (Gotting. 1826) — *Brouwer.* De conatu criminum ejusque puniendi ratione (Lugd. Batav. 1826) — *Sanio.* Observationes ad L. Corncl. de Sicariis (Regiom. 1827 p. 86-116) — *S. Wybenga.* De puniendo conatu delinqu. secundum cod. pœnal. gallic. (Groning. 1828) — *Werkest.* Dissert. de modo in punitione conatus delinqu. servando (Gand. 1828) — *A. C. E. Lelièvre.* Comm. juridica de conatu delinquendi (Lovanii 1828 in 4.° dissertazione coronata) — *G. Hiddema Iongsma.* De quæstione an delinquendi conatus pœna sit afficiendus, si delinquens mutato consilio sponte a delicto abstineat? (Groning. 1626) — *I. Wander veen.*. De conatu delinqu. e quo ipsum delictum prorsus enosci nequit (Groning. 1832) — *Hepp.* Del delitto consumato e del cominciato (ted. Heildelb 1827) — *H. Luden.* Del tentativo dei delitti (ted. Gotting. 1836) — *Nicolini.* Del tentativo (Napoli 1837) — *Zachariæ.* La dottrina del tentativo dei delitti (ted. Gotting. 1836-39 2 vol. 8.) — Dissertazioni sul conato, nel nuovo Archivio di Dritto criminalo: *Mittermaier* t. I p. 163; t. II, p. 602; t. IV. p. 1, t. X, p. 136 — *Seckendorf,* t. II, p. 348 — *Weber.*, t. IV, p. 24. Dissertazioni, nell'Archivio di Diritto Criminale, Nuova Serie. — *Hepp.* 1836 p. 31 e 230; 1837, p. 353 — *H. A. Zachariæ*, 1838, p. 221, 344 e 532 — *Von Zirkler*, 1839 p. 276 o 434 — *F. Chop.* 1842. p. 519 (Alcune di queste dissertazioni son tradotte in italiano nella Raccolta di Scritti Germanici di Diritto Criminale. Livorno, 1846. Dissertazioni di *Mittermaier*, t. I, p. 223, 253, 265 — di *Zachariæ* t. II, p. 150 — di *Hepp.*, t. III, p. 29. Dissertazione sul tentativo nella Temi di Firenze 1858.

penale si è che il volere del reato come una pura cogitazione non costituisce il reato stesso ma è bisogno che apparisca un operare esteriore contro il Diritto *(cogitationis pœnam nemo patitur)*. E quest'operare è per appunto quello che nella tecnologia penale dicesi *danno* nel senso di *esecuzione* di una violazione del giure internamente voluta.

§ 57. *Idea dello* eventus criminis.

L'attuazione del proponimento criminoso consiste in una qualche modificazione che viene arrecata alla realità esteriore dalla attività umana. Questa modificazione dipende da due condizioni. L'una è che l'attività umana spieghi la sua forza organica per imprimere un dato movimento alle forze esteriori; e l'altra è che queste forze esteriori cedano a questo impulso lasciandosi determinare dall'attività umana *(elemento subbiettivo* ed *elemento obbiettivo)*. Se il proponimento criminoso consiste per es. nella distruzione dell'esistenza di un uomo egli è necessario e che l'uomo adoperi un mezzo letale sia col ferire, sia col percuotere, sia col precipitare, sia col propinar sostanza mortifera, e che a questa azione rispondano le forze che lo circondano in maniera passiva senza offrire una invincibile resistenza, per modo che dal muoversi dell'attività umana possa discendere come conseguenza l'evento desiderato della distruzione di una vita. E pertanto ad aversi il sussistere di un reato egli è mestieri di un fatto che dipende sempre dall'uomo, cioè del suo *conato*, e di un fatto che non dipende dall'uomo ma dalla *vittoria* che la sua forza riporta sulle forze circostanti cioè dalla inferiorità delle forze esteriori verso la sua forza organica. Quando questa vittoria si ottiene apparisce l'*eventus criminis*, la determinata violazione del Diritto come un fatto compiuto (*summatum*) ed ecco la *consumazione obbiettiva del maleficio.* Il Diritto in tal caso è stato irreparabilmente violato nella totalità del suo dettato. Il diritto alla vita, o alla proprietà, o all'autonomia individuale è stato violato; la protezione giuridica rimane un vuoto desiderio, ed il contrario di ciò che il Diritto ingiugneva si è avverato perchè la vita è distrutta,

la cosa dal dominio del proprietario è in potere dell'estraneo che se l'ha appropriata, l'uomo ha soggiaciuto ad una coercizione da parte del privato. La ipotesi astratta della legge trovasi incarnata in un fatto concreto che vi risponde interamente; e la punizione, sottoposta all'ipotesi del reato come a condizione, debbe avverarsi non altrimente che ogni condizionato al verificarsi della condizione da cui dipende. Questo pronunciato è dialettico e giuridico ad un tempo; e può formolarsi nel dominio della scienza penale ne'termini seguenti: Allorchè un individuo, dopo di aver voluto che avvenisse un fatto contemplato dalla legge siccome reato, ha operato in modo che l'evento voluto nella sua coscienza si è verificato nella realità esteriore contenendo tutte le note essenziali per cui cagione la legge lo punisce, questo fatto costituisce il maleficio consumato, il *danno pieno*, che come figlio del *dolo* vuol essere punito con quella pena che la legge gli appone.

§ 58. *Del conato.*

Intanto il Diritto penale non dee tener conto esclusivamente di questo *evento* in maniera da supporsi che laddove il *conato* esista, ma non coronato dall'evento propizio, quivi un maleficio punto non si avveri. Il Diritto è certo legge morale e come tale è un comando che s'impone all'attività dell'uomo. Quando si riconosce il diritto della vita, il diritto della proprietà, il diritto dell'autonomia individuale come alcun che di sacro, non si riconosce che il Diritto voglia puramente e semplicemente che l'uomo esista, conservi ciò che gli è proprio, sia esente da ogni necessità urgente, ma si riconosce che il Diritto considerando l'esistenza, la proprietà, la libertà individuale come fini prossimi coordinati al fine remoto della destinazione umana ingiunge a tutti gli esseri dotati d'intelligenza ed arbitrio di astenersi da atti che negano l'esistenza di un uomo, o la sua proprietà giuridica, o la sua libertà individuale. L'esistenza, la proprietà, la libertà individuale hanno un valore nell'ordine morale in quanto che l'attività umana può avere efficacia sopra di esse rispettandole o negandole. Il Diritto regola le azioni degli uomini. E però ingiugne il non

fare una determinata azione, ingiugne che l'uomo non osi appropropriarsi l'altrui, non osi dirigere la sua forza a spegnere un altro uomo, ovvero a soggiogare l'altrui libertà individuale. Laonde allorchè l'uomo dal campo interno della volontà passa in quello esterno dell'attività ed apparisce la sua azione costituente il conato della sua forza per vincere le forze renitenti, laddove queste forze non sono state vinte, in tal rincontro benchè lo scopo del comando giuridico non siasi mandato a vuoto, resta una violazione sempre della autorità del Diritto; perocchè mentre il Diritto ingiugneva di non essere attivo in una determinata direzione contraria a'suoi dettamenti, in quella direzione l'uomo ha adoperato le sue forze raccogliendole sotto la signoria del suo volere, e sforzandosi ad attuare ciò che la legge vietava. Il conato sta dunque in due note caratteristiche: 1) che siasi voluto un dato reato; 2) che l'attività nello eseguirlo non sia stata coronata dalla realità del movimento. E se la conseguenza del movimento non è venuta fuori, se l'effetto non ha risposto al volere, se la vittoria sulle forze circostanti non è stata riportata, vi ha un fatto che è di già contrario al Diritto, cioè la violazione della obbligazione che ci incombe di rispettare la vita, la proprietà, l'autorità degli altri individui. E come violazione del Diritto nel mondo della esistenza il conato dee soggiacere ad una pena, la quale giustamente lo colpisce in quanto che nell'azione più che in ogni altra cosa il maleficio si avvera. Questa considerazione per altro vuol essere svolta studiandosi quale azione meriti il nome di conato, quali sono le sue specie, quali le condizioni della sua punizione, e quale infine debba esserne la misura.

§ 59. *Distinzione del conato dalla preparazione.*

L'essenza caratteristica del conato sta nell'operare dell'attività umana a cui manca lo attuarsi dell'evento desiderato o per meglio dire *voluto*. Di maniera che il proponimento debbe in esso superare l'evento, ed un'azione è necessaria perchè esso si avveri. Ma non ogni azione merita il nome di *conatus delinquendi* avvegnachè l'uomo soglia, dopo aver voluto, cominciare nei suoi

primi atti ad indirizzarli al fine determinato della sua volizione. L'uomo quando ha voluto non sempre trova d'innanti a sè possibile l'attuazione del suo proponimento. Chi possiede un'arme e ferma seco stesso di uccidere un'altro uomo può facilmente spiegare la sua attività contro costui; ma chi non possiede un'arme o la possiede guasta e disadatta e vuole parimente uccidere, dee cominciare o dal procacciarsi l'arme o dal rendere quella che egli possiede atta a ferire. Questo è certo un primo passo che egli dee dare nella via del delitto che vuol compiere, è un atto indirizzato al delitto come mezzo al suo scopo. Ma il provvedersi di arme, se è un'azione, costituisce l'azione del delinquere, costituisce il conato? L'atto che l'uomo compie provvedendosi di un'arme ha un fine prossimo cioè quello di rendere possibile e facile la esecuzione di un reato. Ma non è certamente l'atto stesso di questa esecuzione. Il reato preparato è un reato fatto possibile non reale; ed ogni qualvolta si rimane l'attività umana a quegli atti che rendono il reato possibile e non reale, il *conatus delinquendi* non apparisce per anco. Così il conato distinguesi dalla preparazione come il reale distinguesi dal possibile. Nel conato il maleficio diviene reale, nella preparazione il maleficio rimane possibile. Ed un criterio pratico per discernere gli atti di preparazione dagli atti costituenti il conato sta in questo che le azioni di preparazione di per loro non annunziano il delinquere ma possono essere interpetrate per fatti anche non indirizzati a conculcare i dettami giuridici. Il procacciarsi un'arme può essere un mezzo indiritto allo scopo di difendersi come può essere un mezzo attuato per essere pronto all'offesa d'altrui. Il procacciarsi un veleno può esser mezzo dirizzato al fatto innocuo della distruzione di insetti, come può essere mezzo dirizzato alla distruzione di un uomo. Ma se Tizio armata mano si appressa alla casa di un uomo o vi si pone in agguato, se impugnando lo schioppo carico prenda la sua mira per vibrare un colpo ad un altro uomo, se aggredisce un individuo, se vibra un colpo di schioppo e fallisce nel colpo, questi atti annunziano un maleficio sia indeterminato sia determinato, epperò costituiscono un *conatus delinquendi*.

Questa distinzione così fermata mena ad una conclusione, cioè

che l'*apparecchio* del reato è esente da punizione perchè non costituisce per anche l'apparizione dell'azione criminosa. Manca la realità del maleficio non pure nell'evento ma altresì nel conato; e l'azione che si limita al preparamento va soggetta a quel medesimo criterio della impunità del proponimento criminoso. Non è già che la preparazione sia lo stesso che il puro pensiero, imperocchè vi è sempre un'azione nel mondo esteriore; ma questa azione appunto perchè di per sè stessa non rivela l'attuazione di un proponimento criminoso potendo essere pure dirizzata a fini innocui, tanto la si può dire preparazione per quanto il proponimento si conosce; epperò si verrebbe a punire il proponimento qualora si punisse il fatto preparatorio.

Se non che vi ha talune azioni di preparazione le quali perchè sogliono rivelare un animo disposto a delinquere minacciano la tranquillità individuale o la sociale, e già violano pertanto il diritto della sicurezza pubblica o della sicurezza privata, e come tali meritamente la legge penale può elevarle a reati *sui generis* di già compiuti. Tal è per esempio l'andare con armi addosso, il fabbricare grimaldelli o false chiavi, l'ordire una cospirazione politica e simili altri casi dei quali vuolsi favellare nella trattazione dei singoli reati.

§ 60. *Specificazioni del conato.*

Quando il reato è meditato, dipende dalla natura del medesimo la maggiore o minor serie di atti per giungere all'evento ultimo che l'uomo si propone di attuare. Taluni reati, come l'ingiuria, la minaccia, non abbisognano di una serie di atti perchè la parola è pronta in servizio della volontà. Tali altri reati richieggono più atti come a cagion d'esempio il furto, ove è di mestieri che si prenda la cosa mobile altrui, che la si trasporti dal luogo ove essa trovasi in altro luogo, fuori della sfera di attività del primo possessore. Di quì sorge che in molti reati il *conatus* si presenta come un *iter* dal primo atto col quale un uomo si accinge alla esecuzione fino a quell'atto in cui si compie lo sforzo della sua attività e niente altro rimane se non l' evento ultimo

in cui il fatto criminoso si compie per aversi la obbiettiva consumazione del maleficio. E quì una prima distinzione si appresenta tra il conato perfetto e il conato imperfetto (1). Quando i mezzi dell'operare sono in immediato potere dell'agente e l'azione delittuosa è semplice come l'ingiuria, il conato perfetto s'immedesima e compenetra con l'evento stesso. Quando i mezzi dell'operare richiedono una efficacia sulle forze circostanti, quivi può presentarsi il conato perfetto senza l'evento. E quando il reato ha mestieri di più momenti allora si può presentare duplice conato, perocchè in questa serie di momenti egli è possibile che l'uomo l'abbia tutta percorsa onde il conato dicesi perfetto; ed egli è possibile altresì che non tutto l'*iter* sia stato percorso, onde il delinquente è rimasto al conato incompiuto o imperfetto. E in questa serie di momenti sendovi la distanza maggiore o minore di essi dalla *meta optata criminis*, il conato incompiuto distinguesi in *conatus proximus* e *conatus remotus*. Il *conatus proximus* ha luogo quando qualche altro atto è necessario per compiere la serie dei momenti, perchè l'esecuzione è cominciata ma è sospesa prima che si compia l'atto ultimo di consumazione; il *conatus remotus* ha luogo quando si è cominciato con una specie di *conatus* alcuno di quegli atti che sono necessari per aversi il *conatus proximus*. Ed un criterio pratico per distinguere il *conatus proximus* dal *remotus* sta in ciò che nel primo gli atti sono sufficienti a dimostrare l'intendimento di un dato malefizio; nell'altro non si porge l'atto della preparazione il quale può essere anco innocuo ma un atto che se non annunzia un determinato reato annunzia il delinquere in generale. Così a grazia d'esempio, la *scalata* nell'altrui domicilio è un conato remoto perchè annunzia che si vuol delinquere contro colui che in quel domicilio risiede senza specificare quale reato si volesse commettere. Ma l'aprire gli armadii dopo la scalata, il raccogliere fardelli, l'avviarsi con l'altrui cosa fuggendo costituiscono atti tali da rivelare il proponimento di un determinato malefizio, come è il furto. Que-

(1) A Giandomenico Romagnosi è dovuta questa distinzione del *conato* in *perfetto* ed *imperfetto*, dando egli il nome di *maleficio tentato* al secondo e di *maleficio mancato* al primo di questi conati.

ste tre specie di conato prendono nella tecnologia della scienza tre nomi. Il conato remoto dicesi *attentato*; il conato prossimo dicesi propriamente *tentativo;* e dal Romagnosi in poi si è dato il nome di *reato mancato* al *conatus perfectus delinquendi.*

§ 61. *Del conato nella impossibilità assoluta dell' evento.*

Vi ha degli eventi che non dipendono dalla volontà umana e per questi il Diritto è indifferente. Una delle note caratteristiche del dominio giuridico è l' esser posto in potere dell' uomo materialmente l' avverarsi di un dato evento; ed in quanto questo è possibile può essere o comandato dalla legge se necessario al fine della vita umana individuale e sociale, o vietato dalla legge se contrario a questo fine. Il pronunciato: *nemo ad impossibile tenetur* è un applicazione di cosiffatto principio. E da esso si deriva altresì che il Diritto non vieta se non quelle cose che sendo possibili per l'uomo non debbono esser fatte perchè contrarie alle leggi fondamentali dell' ordine sociale, e la legge in armonia del Diritto vieta i fatti che son possibili non quelli che trovano un ostacolo sufficiente nella natura stessa delle cose. Se dunque l'uomo si sforzasse a fatti che per lui sono impossibili, per quanto questo sforzo riveli una interna immoralità, il Diritto non sarebbe mai violato. Così per esempio il Diritto non ha mestieri di comandare che l' uomo si astenga dal pregare la Divinità per la distruzione di un altro uomo, il Diritto non ha mestieri di comandare che l' uomo si astenga dal fare incantesimi per lo insterilimento di un altrui terreno. Imperocchè l' uomo con questi atti manifesta un animo perverso ed immorale, ma l' impossibilità di avverarsi che la Divinità ceda all' iniqua e scellerata preghiera, o che l' incantesimo abbia la forza di produrre l' effetto desiderato pone questi atti fuori della cerchia dei fatti che sendo possibili all'uomo e contrarii alle necessità degli altri uomini debbono essere vietati. I fatti impossibili non essendo dunque compresi nel divieto giuridico non possono esser materia di un *conatus delinquendi* sia che questa impossibilità consista nel fine che un individuo si propone sia che essa consista nei mezzi

adoperati. Il ferire un uomo morto credendolo vivo è conato vano per l'impossibilità del fine. Il somministrare del nitro per avvelenare un individuo è conato vano per l'impossibilità del mezzo. Laonde se la realità dell'evento compiuto non è necessaria per aversi l'apparizione del maleficio, la possibilità di esso è necessaria perchè il conato possa esser punibile. Se non che l'impossibilità dell'evento per togliere al conato il carattere criminoso debbe essere una impossibilità assoluta non una impossibilità relativa, cioè una impossibilità che secondo l'ordinario corso delle cose non può esser vinta non già una impossibilità momentanea accidentale per concorso di circostanze fortuite. Se un uomo vibra un colpo d'arme da fuoco contro un altro, e costui con un salto cansa il colpo, il primo ha adoperato un mezzo che per sè stesso era sufficiente secondo l'ordinario corso delle cose e sarebbe stato cagione di morte se non si fosse avverato l'evento propizio di un salto opportuno. Ma colui che ad una distanza, molto maggiore di quella che è necessaria perchè il colpo dell'arme da fuoco ferisca, vibra il suo colpo commette un conato di uccisione, e questo conato è vano per la impossibilità assoluta del mezzo.

§ 62. *Della* culpa adtentata.

Siccome si è riconosciuta la punibilità della *colpa* si è pure venuto al concetto del *reato colposo*, senza bene attendere alla improprietà della locuzione, e dalla confusione delle parole si è venuto alla confusione delle idee. Così parecchi giureconsulti interpetravano letteralmente il *reato colposo* senza attendere a ciò che tal locuzione contiene una contraddizione nei termini (non essendovi reato se non volontario) e sostennero che il reato colposo come ogni reato è capace di rimanere ad un conato non seguito dall'evento. Di quì si trasse la nozione della *culpa adtentata* che parecchi altri stimarono doversi bandire dal dominio della scienza. L'essenza propria del conato sta nel fine che supera l'evento ; l'essenza propria della colpa sta nell'evento che supera il fine. La colpa ed il conato rappresentano l'antitesi polare; epperò non possono mai compenetrarsi, escludendosi a vi-

cenda. La colpa inchiude che non si aveva un fine oltre quello evento che si è avverato, anzi che il fine era innocuo o, se doloso, il dolo si riferiva ad un fatto minore aggravato dal concorso della colpa. Se l'evento non si voleva manca allo intutto ogni conato, non potendosi mai avverare che l'uomo si sforzi a quello che egli punto non vuole che si avveri. Lo sforzo, il conato, è l'effetto della volontà e mancando la cagione dee parimente mancare l'effetto. Al massimo egli è da riconoscere che può lo Stato con ordinamenti di polizia elevare a reati *sui generis* taluni fatti che sogliono essere cagione di mali maggiori e punirli indipendentemente dalle conseguenze che possono sorgere. Ma la punibilità della colpa muove sempre dallo essersi avverato un fatto che sebbene non voluto perchè non preveduto fu conseguenza prevedibile di un fatto volontario; epperò quando l'evento non preveduto ma prevedibile non si avvera non vi è nulla ad imputare a colpa all'autore di quel fatto da cui la conseguenza prevedibile potea derivare. Laonde non vi è conato del reato colposo e la negligenza senza effetti funesti solo può esser punibile per sè stessa come un reato sui *generis*, come un reato compiuto.

§ 63. *Delle condizioni per la punibilità del conato.*

Noi abbiam riconosciuto che il Diritto può stendere la sua efficacia sulla attività umana quando questa abbia fatto alcuna cosa contro i suoi dettati ed alcuna cosa, che non possa essere annullata. Nel conato al quale non conseguiti l'evento noi abbiamo già un operare. E però fa mestieri di esaminare quali sono le condizioni che debbono accompagnare questo fatto dell'uomo perchè possa dirsi punibile innanzi la legge. Il Diritto non può mai esser violato in astratto dal reato. Egli è duopo che il reato trasgredisca un determinato dettato giuridico cioè si appresenti come un dato reato non potendosi avverare che il Diritto si neghi se non in alcuno dei suoi dettamenti. Quando si riconosce che la ragione del punire l'omicidio sta nella santità del dettato giuridico: *tu non farai opera che distrugga la vita del tuo simile*, questo dettato allora può dirsi violato quando apparisce nel mondo

esteriore un'azione che direttamente addita che l'essere operante si è determinato all' uccisione del suo simile ed a questo scopo indirizza le sue forze e spiega tutta la sua attività. Dal che si deduce che l' azione umana rimasta nei confini del conato per esser punibile debbe in sè contenere tal nota che additi di per sè medesima lo scopo al quale era indirizzata e che non si è verificato, scopo che fa di essa il *conato di un determinato maleficio*. A questo pronunciato rannodansi le infrascritte dottrine.

I. I gravi malefizi son quelli che richieggono la punizione nel loro conato renduto vano; imperocchè si contrappongono siffattamente ai dettati del giure che le azioni tendenti alla loro attuazione già si appalesano contraddittorie all' operare secondo il Diritto e formano còme un *iter criminis* facile a riconoscersi. Così il ghermire un individuo e tenergli il coltello presso la gola è tale atto che non può mai rivelare un fine innocuo. Così l' entrare in una casa con chiave falsa e col rovistare gli armadii è già tale atto da portare in sè scolpita la nota del maleficio. Ma per rispetto ai reati leggieri che son costituiti da azioni di lieve intensità delittuosa la via del reato non è così lontana dalla via dell'osservanza del Diritto che gli atti tendenti alla consumazione del maleficio si distinguano nettamente dagli atti innocui, chè anzi bene spesso confondendosi con gli atti innocui essi non hanno tanto di specialità da rivelare che ad un determinato delitto sono indirizzati. Così per cagion di esempio se il farsi giustizia con le proprie mani può considerarsi come reato, perchè in esso vi è la coscienza del diritto e la reità si limita al violare il principio che lo Stato solo debbe costringere all' osservanza dei suoi dettati, noi abbiamo in questo fatto una tenue intensità delittuosa. Il conato di questo reato non è facilmente discernibile dagli atti innocui imperocchè il creditore che si presenta nella casa del suo debitore con due o tre individui e con modi risoluti gli dice di pagargli ciò che deve non si è allontanato di tanto dal Diritto che il suo fatto porti scolpita la nota del maleficio. Egli si è presentato a chiedere quel che gli spetta e nel condurre seco dei compagni ha potuto aver per iscopo di difendersi da qualche oltraggio da parte del suo debitore, ovvero il farsi dei testimoni

per la esistenza del suo credito. Laonde egli è consiglio della giustizia circospetta nei suoi passi e sollecita del non tramutarsi in castigatrice di atti le più delle volte innocenti, fermare che i leggieri malefizi non dàn luogo a punibilità del conato.

II. Se il conato debbe essere tale che riveli il determinato maleficio al quale è dirizzato, benchè lo evento non si compia, donde comincia la punibilità del conato? Quanto al conato perfetto egli è noto che l' essere operante voleva quell'evento che non si è avverato perocchè ha posto in opera già tutti mezzi a quel fine tendenti. Ma nel conato imperfetto ciò non sempre si avvera, imperocchè non sempre l' essere operante viene così dappresso alla *meta* dell' *iter* che accenni ad essa senza toccarla. Nel *conato remoto* che dicesi *attentato* noi troviamo manifestata la intenzione di delinquere, ma questo delinquere è ancora astratto, è un operare che accenna al volersi fare qualche azione violatrice del Diritto, ma bisognerebbe conoscere per fonte diversa dall'atto eseguito il proponimento criminoso perocchè esso non è bastevole a porgere una tal determinazione. Epperò l'attentato vuol essere eliminato dalla categoria dei conati punibili perchè manca di quella specifica e concreta determinazione che è necessaria ad aversi il maleficio. Solo in taluni casi di grave pericolo sociale l'attentato come minaccia imminente è già una lesione al diritto della pubblica e privata sicurezza e come tale può essere elevato a reato *sui generis*, considerandosi in tal caso come un reato compiuto per sè stesso astrazion fatta dall' essere un conato di più grave maleficio (1). E noi nella dottrina dei singoli reati ricercheremo quali sono queste specie di attentati punibili per loro stessi. Laonde il cominciamento della penalità del conato dev'essere dal conato prossimo, da quella esecuzione cominciata e sospesa in maniera che qualche altro atto rimaneva a compiersi dal delinquente per venire a capo del suo proponimento criminoso. Tutti gli stadii percorsi in prima sfuggono per regola generale ad ogni maniera di incriminazione, salvo che non debbansi avvisare per loro stessi come reati di già consumati.

(1) Nisi provideris ne eveniat, ubi evenit, frustra judicium implores. (Sallust. Bell. Catil.).

III. Quando il proponimento criminoso si è cominciato ad attuare e l' evento non è seguito, perchè il delinquente ha volontariamente desistito dal continuar sino alla meta l'*iter criminis*, cessa *ipso facto* la punibilità del conato. Il fondamento di questa affermazione che può dirsi comune dogma dei giuristi sta in quello stesso principio su cui poggia la punibilità del conato non seguito dallo evento per forza di contingenze indipendenti dalla volontà del delinquente, cioè che il Diritto è violato come prima l' attività umana si pone a lotta con esso adoperandosi ad infrangere un suo dettamento. Imperocchè quando l'evento non è seguito e rimane il puro conato ma non quel conato in cui irreparabilmente sono esaurite le forze del delinquente per l'attuazione del reato, bensì quello in cui il delinquente dovea fare qualche altra cosa per raggiugnere la meta desiderata, e si è il medesimo da sè stesso astenuto senza essere impedito da forza maggiore, in tal caso si avvera ciò che dicesi nella scienza dell' equilibrio e del moto che due forze uguali e contrarie si distruggono. E di fermo quell' attività che erasi sospinta al di fuori cominciando la conculcazione del dettato giuridico è stata annullata dall' attività contraria essendo qualcosa che dipende dal nostro volere il continuare ciò che abbiam cominciato ovvero il desistere *ab incepto*. Ma è egli forse necessario che questo desistere venga da un intimo sentimento dell' animo nostro, da una intenzionalità pura di ricondurci nel sentiero dell' ordine giuridico? La giustizia penale come una delle forme necessarie della giustizia dee guardare le azioni; dell' intenzione non dee tener conto se non come condizione perchè l'azione possa meritare un tal nome, perchè l' evento si reputi moralmente causato da un' individualità umana. E come il Diritto non dee investigare se coloro che si rimangono dal delinquere se ne rimangano *formidine poenæ* oppure *virtutis amore*, così parimente allorchè il delinquente dopo aver cominciato si rattiene egli è duopo riconoscere che il Diritto dee solo attendere a questa attività che si rivolge contro il proprio fatto senza disaminarne la interna intenzione. L'impedimento apportato al conato da contingenze che non dipendono dalla volontà del delinquente è il solo impedimento che non possa dar

diritto ad impunità perchè rimane l' attività del delinquente già appalesata come contraddittoria al Diritto. Ma quantunque volte la volontà di lui si determina a desistere annulla l'attività di già manifestata per quel che può avere di criminoso in ordine allo evento che voleasi produrre nel mondo esteriore. La condizione necessaria del desistere è la sua efficacia ad impedire che il reato si compia : perocchè altrimenti si avrebbe una pura velleità di inutile pentimento chè anzi si avvererebbe ciò che dice l'Alighieri non esser conciliabile il pentimento col persistere in una opera cominciata,

Per la contraddizion che nol consente.

E da questa efficacia del pentimento si traggono due conseguenze. *A*) La prima è che il conato perfetto non ammette possibilità di pentimento perchè l'individuo ha fatto quanto era in lui perchè l'evento si compisse senza che altro gli rimanga ad operare; e dove nulla rimane ad operare è impossibile il determinarsi al non operare. E se in rari casi (come nella propinazione del veleno) taluno può impedire le conseguenze delle azioni di già compiute la possibilità della riparazione toglie a siffatto conato la nota del conato perfetto, rimanendo al delinquente l'atto del non impedire le conseguenze, che sebbene negativo è sempre un prodotto della sua attività. — *B)* L' altra conseguenza è che come *quod factum est infectum fieri nequit*, quando l' attività umana, nell'*iter* di un dato malefizio ha già compiuto un altro maleficio come mezzo per raggiungere l'evento da lui desiderato, il suo desistere dal continuare gli giova per quello *eventus criminis* che non si è avverato nè si è più voluto eseguire ma non già per quelle azioni individue di già consumate che fossero improntate della intrinseca nota di malefizii.

Dalle quali tutte cose si può raccogliere un pronunciato complessivo cioè che *il conato è punibile ne' gravi malefizi quando è perfetto, o nel caso di conato imperfetto quando trattasi di un conato prossimo alla consumazione e sospeso non dal volontario desistere del delinquente bensì dalla efficacia di contingenze fortuite ed indipendenti dal suo volere.*

§ 64. *Della misura per la punizione del conato.*

Fermato che abbiamo esser sole specie di conato punibile il conato perfetto e quel conato imperfetto che è prossimo alla consumazione ed è sospeso per l'efficacia di contingenze straniere alla volontà del delinquente, cioè il *reato mancato* ed il *reato tentato* che più specialmente dicesi *tentativo*, ci sarà facile il desumere dalle cose discorse quanta debba essere la punibilità di queste due specie di reato incompiuto.

L'evento reale è quello che determina la gravezza del maleficio ed il dettato giuridico imponendo all'uomo l'astenersi da un atto determinato riveste della sua protezione i diritti della società o degli individui. Qualora l'evento contrario a questa protezione si avveri dietro lo sforzo dell'uomo il Diritto è violato sì nel lato della pretensione giuridica e sì nella obbligazione; imperocchè l'uomo che godea della esistenza l'ha perduta e l'uomo che dovea rispettare quell'esistenza l'ha distrutta. Ma dove per l'opposto si avvera soltanto il conato, il Diritto è violato in una parte soltanto cioè in quella dell'obbligazione mentre la vita rimane ancora salda ed incolume. Laonde la pienezza di ciascun reato appare allorchè tutte le essenzialità contenute nella sua ipotesi sono avverate in una esistenza di fatto concreta, allorchè l'*evento* ha corrisposto al *conato*, allorchè il voluto è divenuto un fatto speciale ed incancellabile.

Ma quando il maleficio si è appalesato incompiutamente col venir fuori dell'attività umana in un conato rimasto vano, e, mentre poteva avverarsi, l'evento voluto non si è avverato per la forza di contingenze straniere al volere dell'essere operante, la quantità della violazione del Diritto è minore in tal caso di quella che si appresenta nella obbiettiva consumazione del maleficio. E perchè ciascun conato trae la sua reità dallo speciale comando giuridico alla cui violazione è dirizzato, chiaro è che la base per misurare la punizione del conato debbe essere la punizione del reato come consumato obbiettivamente; ma su questa base la punizione del conato impotente dev'esser minore di quella che cade sul conato seguito da un evento propizio. E quando si valuta comparativa-

mente tra loro il tentativo ed il reato mancato egli è duopo riconoscere che la punizione del tentativo debbe esser minore della punizione del reato mancato. Imperocchè l'azione di colui che è rattenuto a mezzo il corso dell'azion criminosa è certamente minore in intensità criminosa dell' azione di colui che *consuma subbiettivamente* il maleficio facendo da sua parte tutto quello che è in suo potere per compiere l'evento criminoso. E conforme avverte il Rossi la giustizia umana dee tener conto di quell'ultimo stadio che rimaneva a percorrere perocchè non si ha certezza veruna che in quello il delinquente avrebbe persistito nel suo tristo proponimento; onde la possibilità di quel pentimento, che non si appresenta come reale perchè l'impedimento delle contingenze esteriori ha pure impedito il suo avverarsi, dee far valutare il conato come un'azione al certo meno contraria al Diritto di quella che si addimostra nel conato perfetto. E finalmente perchè egli è possibile che un azione mentre è conato di un reato sia pure un reato compiuto di per sè stesso e maggiore in intensità criminosa, la pena di questo reato non può esser tolta dalla pena minore che cadrebbe sovr'esso come conato di altro maleficio, e perchè un medesimo fatto non dee soggiacere a duplice punizione, in tal caso la pena del conato è la pena maggiore che assorbe la minore.

§ 65. *Nozioni storiche.*

Nel Diritto Romano noi non troviamo regole precise e generali sul fatto che costituisce l'attuazione esteriore del proponimento criminoso. Imperocchè sebbene vi si contenesse quell'aureo pronunciato di Ulpiano della impunità del pensiero da cui sorge l'altro della necessità di un fatto esteriore per aversi il maleficio (1), pure per parecchi reati il fatto esteriore venne punito non per sè stesso ma a norma del proponimento che addimostrava avvegnacchè non lo porgesse interamente attuato; e il proponimento non attuato, ma appalesato in alcuni atti esteriori

(1) L. 18. D. de pœnis — l. 53 D. de Verb. sign.

venne punito con lo stesso rigore del proponimento compiutamente attuato. Questa esasperazione ebbe origine dal principio politico che predominò nelle instituzioni penali di Roma onde soprattutto si appalesò nei *delicta pubblica;* imperocchè come prima l' interesse dello Stato si pone a base della punizione appare come logica conseguenza ne'casi di delitto che lo Stato punisce a nome del suo interesse e con la misura di questo interesse quei conati nei quali lo antivenire vuolsi preporre al reprimere. Così per il reato di maestà apparve il pronunciato : *eadem severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri* (1). Così la Legge Cornelia *de Sicariis* assomigliò ad omicidio il *vulnerare occidendi causa* e l' atto di colui che *ambulaverit cum telo ut occidat* (2) ; e la Legge Pompeia *de Parricidiis* punì con egual pena colui che propinasse il veleno al padre e colui *qui emit venenum ut patri daret quamvis non potuerit dare* (3). E così avvenne per altri *delicta publica* (4). Intanto a rispetto dei *delicta privata* essendo essi contemplati dal punto di vista del Diritto civile come azioni che davano luogo a riparazione di danni, mancando il danno, mancava ogni incriminazione. E così noi troviamo che il conato di furto non era avvisato come un furto punibile salvo l' azione *injuriarum* o l' *accusa de vi* se alcuno *per vim introivit* (5); che per il *damnum* non vi era azione di tentativo punita come reato compiuto (6) ; e che per l' *injuria* eravi la sentenza : *quid obfuit conatus cum injuria nullum habuerit effectum?* (7). Solamente al tempo degl'Imperatori troviamo i germi del divario tra il conato e il reato consumato avvegnacchè non fosse formolato come regola generale, perocchè a rispetto di alcuni *crimina extraordinaria* si riconobbe la distinzione del reato perfetto e dello imperfetto non che la minore punibilità di questo (8). Ed un' altra dottrina fu aggiunta cioè quella della impu-

(1) L. 5 pr. C. ad L. Jul. maj.
(2) L. 1. D. ad L. Corn. de Sic. — l. 7 C. eod.
(3) L. 1. D. ad L. Pomp. de parric.
(4). L. 3 § 1 ; l. 10 pr. D. ad l. Jul de vi publ. — Paul. V, 25, 30 — l. 1. C. Th. ad l. Jul. de amb. —
(5) L. 21 § 7 D. de furtis.
(6) L. 11 § 3 ; l. 15 § 1 ; l. 27 § 17 D. ad l. Aquil.
(7) L. 1 § 2 D. quod quisque.
(8) L. 1. D. de extr. crim.

nità del conato renduto vano dal pentimento (1), salvo per quelle azioni di conato che già per sè stesse fossero degne di punizione (2).

Questa diversità di determinazioni generò negli Interpetri del Diritto Romano una discordanza. Imperocchè l' Alciato insegnò esser dottrina romana doversi punire soltanto il reato compiuto quando disse: *aliud est crimen aliud conatus; hic in istinere illud in meta est; sed ubi jure poena irrogatur oportet perfectum fusse crimen*. Ma il Cuiacio e ad una con lui il Mattei ed il Gravina riconoscono la punibilità eguale del conato e della consumazione siccome principio generale del Diritto Romano; altri sostennero che nei reati gravi davasi allo incoato la medesima pena del consumato dove per l'opposto il tentativo dei reati leggieri rimaneasi impunito. Il Binkersœckio, il Tiraquello e parecchi penalisti italiani stimarono che il Diritto Romano limitasse eccezionalmente la pena del conato a taluni delitti determinati (3).

La medesima mancanza di precisione rinviensi nel Diritto Canonico ove dall'un canto è fermato il principio del non doversi avvisare come maleficio la semplice intenzione quantunque possa costituire un peccato (4); e dall'altro il conato fu creduto punibile nelle azioni che mostransi indirizzate all' attuazione di un proponimento criminoso, solo escludendosi dalla pena i tentativi remoti (5).

Nel nostro antico Diritto si venne sempre più temperando il rigore delle leggi Cornelie. Già la Costituzione *Asperitatem* di Federico II mitigò la condizione del conato negli omicidii deliberati. Nei *poculi amatorii* si distinse la pena a seconda della intenzione; e solo sussistette il pronunciato di Silla pe' veneficii e per gli omicidii a colpi d' archibugio. Ma una Prammatica del

(1) L. 19 pr. D. ad l. Corn. de fals.

(2) L. 67 D. de furtis — l. 5 D. de vi bonor. raptor. — l. 8 C. ad L. Corn. de fals. —

(3) Fra gli scrittori ultimi questa discordanza si perpetua perchè il Cropp ed il Waechter tengono della opinione del Cujacio; e a quella del Binkersoeckio si appigliano l' Heffter l' Abegg il Mittermaier e i trattatisti speciali *Sanio*, Lelievre e Zachariæ.

(4) C. 24, C. 20, Dist. I. de pœnit. —

(5) Clem. I, de pœnis. —

1573 del Vicerè Duca di Granvela sanzionò come legge la minor punizione del conato solo escludendo gli omicidii per mandato i quali eran puniti di morte benchè tentati quando vi fosse stata ferita (1). Giulio Claro ci attesta che a' suoi tempi *de consuetudine generali lex Cornelia de sicariis et omnes aliae punientes affectum sunt sublatae*. E tra noi la Regia Camera di S. Chiara applicò questa dottrina della minor punizione del conato, precorrendo in tal guisa il dettato della Riforma Leopoldina che giunse sino a togliere l' eccezione dei reati di maestà alle regole generali del tentativo.

La nostra legge del 1808 non interruppe questa tradizione costante degli instituti e della scuola italiana perchè sebbene le leggi francesi del 1791 avessero agguagliato il conato al reato consumato, pure essa punì il tentativo di uno a due gradi meno del reato consumato e statuì che sospeso il tentativo per pentimento del reo fossero imputabili soli gli atti di già consumati purchè dalla legge avessero qualità di reato (2).

Solo nel 1812 fu momentaneamente interrotta la tradizione italiana per l'art. 2 del Codice francese che assomiglia il conato alla consumazione del reato. E contro questo instituto si levò ardita la voce di parecchi giureconsulti napoletani. Onde la nuova Legislazione del 1819 ritornò al filo tradizionale consecrando nei suoi instituti ciò che era determinato dalla Legge del 1808 sulla pena del conato, sull'impunità del conato sospeso dal pentimento e vi aggiunse quella dottrina che avea introdotta nella scienza il Romagnosi intorno al reato mancato. E di queste sue determinazioni egli è duopo alquanto più specificatamente tener menzione.

§ 66. *Diritto vigente.*

A valutare per bene tutti gli instituti del nostro Diritto penale circa lo *eventus criminis* noi possiamo ridurli alle infrascritte avvertenze.

I. Il legislatore determina la punizione di ciascun reato avvisan-

(1) Pragm. I de *assassin.*
(2) Art. 15. 16, 17. 18, 63.

dolo siccome consumato; e sebbene non dica in forma di dottrina generale che il reato è compiuto con l'evento e che il puro proponimento non merita pena, pure questo suo dogma traspare da tutte le disposizioni speciali non altramente che il dogma sulla necessità del dolo per la punizione. E di vero tutte le ipotesi di reati descrivono l'azione esteriore sia che consista nelle *parole* (come minacce ed ingiurie) sia che consista negli *scritti*, sia che consista nei *fatti* propriamente detti. Il reato è compiuto innanzi alla legge e degno di quella pena che esso fulmina quando si porge la obbiettiva *consummatio*.

II. Quando il delinquente passa dal campo dell' intenzionalità nel campo esteriore dell' attività la nostra legge ferma nel conato prossimo il punto onde comincia la punibilità in generale dell' operare umano. La preparazione e lo attentato non sono avvisati come punibili per regola generale (1) punendosi solo i reati mancati e i tentati. E che ciò sia regola generale il dimostrano le stesse eccezioni fermate dal legislatore per singoli reati. Imperocchè taluni atti preparatorii (come la cospirazione politica, la comitiva armata, l'adunanza illecita, la fabbricazione di marchi per le monete, il portar le armi o il detenerle, il fabbricare false chiavi) sono considerati come reati compiuti e punibili per sè stessi (2). E l' attentato che vien diffinito come il cominciamento degli atti prossimi alla esecuzione cioè come un conato di conato (3), è punibile soltanto in taluni reati come son quelli che ledono la sicurezza interna dello stato e quelli che ledono il pudore delle persone. Di maniera che per regola generale è punibile il reato incompiuto o nel conato prossimo o nel conato perfetto come appare dagli art. 69 e 70 ove il legislatore statuisce esser punibile come conato perfetto il giungere ad atti tali di esecuzione che null'altro resti a fare per attuare il reato e come conato imperfetto l' atto esteriore prossimo all' esecuzione tale che rimanga qualche altro atto per giungere alla consumazione del reato (4).

(1) Arg. dagli art. 69 a 73 delle LL. PP.
(2) Art. 120, 121, 123, 125, 148, 150, 151, 154, 268 305, 425 LL. PP.
(3) Art. 124 LL. PP.
(4) La legge nell'art. 70 definisce il reato tentato quella specie di conato che si appalesi con *atti esteriori prossimi alla esecuzione*, tali però che rimanga

III. Secondo la legge vigente non vi ha conato di ciò che assolutamente è impossibile; e questo pronunciato se non è consecrato con una formola espressa pure si appalesa per chiaro modo nella locuzione adoperata per rispetto a quello che impedisce l' avverarsi dell' evento. Imperocchè il legislatore dichiara punibile il tentativo *quando l'evento è stato impedito da circostanze non solo indipendenti dalla volonta del delinquente ma fortuite.* Ora egli è da notare appunto quella locuzione di *circostanza fortuita* che impedisce l' *eventus criminis.* Quando l' evento sia per il fine sia per i mezzi è impossibile il non avverarsi di esso non è per caso fortuito, non dipende da una contingenza, ma da una cagione preesistente all' appalesarsi dell' attività sicchè lo sforzo delittuoso si rompe contro questa impossibilità che è radicata non nel caso ma nelle condizioni e leggi che costituiscono l' ordine fisico delle cose. Il tentativo dunque per essere incriminabile debbe essere renduto vano da qualche cosa di fortuito che poteva accadere e non accadere quando l' agente ha dato fuori il suo conato per attuare il proponimento criminoso. E quando l'ostacolo indipendente dalla volontà del delinquente ha la sua cagione nelle intime necessità delle cose sparisce la punibilità del conato.

IV. La voluta *culpa adtentata* è disconosciuta dalla nostra legge. E noi ne abbiamo un argomento limpidissimo nella descrizione che la legge fa del tentativo con l' art. 69. E di vero ivi sta detto: Chiunque *con la volontà di commettere un misfatto* giunge ad atti tali di esecuzione etc. Non vi ha dunque conato senza che la volontà superi i confini dell' evento e i casi detti reati colposi non possono aver conato; perocchè bisognerebbe che vi fosse stata *la volontà di quello evento che non si è avverato;* ed il legislatore lo ha implicitamente enunciato nel dire *con la volontà di commettere un reato.* Se non che talune azioni come facili occasioni di danni maggiori indipendentemente dallo avverarsi di questi sono puniti come reati di polizia.

qualche altra cosa per giungere alla consumazione del reato. E come per l' attentato dicesi che esso esiste quando sonosi *commessi e cominciati atti prossimi alla esecuzione* potrebbesi generar dubbio sul divario legale tra l'attentato e il tentativo. Ond' è che la locuzione dell' art. 70 : *atti prossimi alla esecuzione* è da intendersi nel senso di *atti di esecuzione prossimi alla consumazione del reato.*

V. Il conato per regola generale nei reati leggieri è ritenuto esente da punizione salvo qualche caso espressamente preveduto dalla legge; e questa linea di separazione si appalesa in ciò che il legislatore parla di *misfatto mancato*, di *misfatto tentato;* e poi nello art. 71 soggiunge: *I tentativi dei delitti e delle contravvenzioni non sono imputabili che nei casi specialmente determinati dalla legge.*

VI. Il conato è sempre punibile con minor gravità della consumazione del maleficio ed in ciò la legge ha fermato come punto di movenza per la misura della punizione la pena che cade sul reato consumato. Da questa poi pigliando le mosse vuole che il conato perfetto sia punito con un grado di meno della consumazione del malefizio e il conato imperfetto sia punito con uno a due gradi di meno (1). La qual latitudine relativa al conato imperfetto vuol esser sempre interpetrata nel senso di mitezza, e salvo i casi straordinarii per contingenze estrinseche il giudice debbe discendere di due gradi per serbare la giusta proporzionalità fra il conato imperfetto ed il perfetto.

VII. La teorica romana dell' impunità del conato renduto vano dal pentimento del delinquente, conservata dalla legge del 1808, vien pure accolta dalla nostra legge. Già negli art. 69 e 70 nel parlarsi della mancanza dell' evento come una delle condizioni del conato, vi si aggiunge che l' evento non si avveri per circostanza fortuita ed *indipendente dalla volontà del reo.* Ma più precisamente nell' art. 73 sta annunciato il principio che il pentimento cancella il reato non avverato nel suo evento, senza poter distruggere la punibilità intrinseca di atti criminosi di già compiuti. « Se il corso del reato (dice la legge) sia stato interrotto per causa del pentimento del colpevole egli allora non soggiacerà che alla pena degli atti già eseguiti quante volte questi siano dalla legge caratterizzati per reati. » E quì se non ci si desse dello ardito vorremmo che si ponesse mente ad una nostra maniera di vedere. Certo che il desistere dal reato non è più possibile quando il delinquente ha percorso tutto l'*iter*, tutto il cammino degli atti di esecuzione, quando il reato è consumato subbiet-

(1) Art. 69, 70.

tivamente; ma non pertanto egli è possibile che un conato sia compiuto per gli atti eseguiti da parte del delinquente e ciò non ostante l'evento non si avveri per un pentimento efficace del colpevole. Suppongasi per esempio che un individuo abbia con la volontà di uccidere un altro propinato a costui una bevanda mortifera, e che come prima egli ha ciò compiuto si penta del suo fatto e lo ripari con pronti soccorsi in modo da render egli stesso frustraneo ogni suo sforzo precedente, sarebbesi nel caso del conato da cui non si può recedere sicchè manchi ogni efficacia del pentimento a cancellare la punibilità del conato? In simili rincontri l'operare del colpevole avendo l'efficacia di distruggere ciò che erasi prima operato ha pure l' efficacia giuridica di togliere la punibilità di un simile conato. Ed a questo pare che abbia voluto accennare il legislatore quando non solo pel reato tentato ma anche pel reato mancato ha fermato che esso è punibile quando è stato mandato a vuoto da quelle circostanze fortuite che sono *indipendenti dalla volontà del delinquente*. (Vedi § 63, n. III).

VIII. Finalmente la legge enuncia che quando un' azione di conato per un reato già in sè contenga un reato preveduto e minacciato di pena non bisogna punirla due volte, ma la pena maggiore assorbendo la minore, l'autore di quell'azione dee soggiacere alla pena del reato più grave. Il che emerge dall' articolo 72 LL. PP.

Queste determinazioni tutte costituiscono le norme generali fermate dal legislatore sull' evento dei reati, ma queste norme trovano eccezioni per singoli reati, siano eccezioni di rigore, siano eccezioni di mitezza, la disamina delle quali rannodasi essenzialmente alla trattazione dei vari reati.

CAPO TERZO

Dell' autore del reato

§ 67. *Avvertenze preliminari.*

Perchè un uomo risponda di un reato uopo è che vi sia tra lui e questo reato il vincolo causale, e di una causalità non pure fisica ma morale eziandio. Egli deve essere *autore* del malefizio. E tutti quei caratteri che abbiam posti come essenziali obbiettivamente debbonsi porgere raccolti come in un sol nucleo e rannodati ad una qualchè individualità dotata di intelligenza e di arbitrio. L' uomo che propone seco stesso ed esegue quel determinato evento che il Diritto riconosce come contraddittorio ai suoi dettati, e che la legge prevede siccome reato, è colui per appunto sul quale debbe cadere la sindacabilità del reato.

Da questo pronunciato sorgono due dottrine :

1) L' individualità umana è necessaria perchè si abbia l' autore di un reato; una comunanza non può mai divenire colpevole di maleficio.

2) Ma è possibile che più individui si stringano in una *societas sceleris*, ed in tal caso perchè il reato sta nel manifestarsi dell' attività umana contro il Diritto, il reato benchè uno obbiettivamente si riproduce per tante subbiettività per quante concorsero alla sua apparizione.

Queste due dottrine vogliono essere svolte con una speciale trattazione.

§ 68—I. DELL'*UNIVERSITAS* NELLE SUE ATTENENZE COL REATO (1).

Il proponimento criminoso si appalesa nel mondo della coscienza e richiede l' individualità determinante sè stessa. Il *volere di*

(1) *Cretschner*. De delictis et poenis universitatum (Alt. 1680)— *Willenberg* De univ. delinquente (Gedan. 1720)—*Gundling*. De univ. delinq. ejusque pœnis (Kal. 1724) — *De Jacobi*. Quamdiu jus puniendi univers. duret? (Lugd. Bat. 1750) — *Malblank*. Observ. quaedam ad delicta universit. (Erlang. 1794) — *Haubold*. De finibus inter jus singulor. et universitatis regundis (Lips. 1804) — *Vosmauer*. Specim. exhibens doctr. de imput. ad del. universit. applic. (Lugd. Bat. 1775) — *Sintenis*. De delictis et poenis universitatum. (Servest. 1825).

una società intera è una locuzione che per esser vera si risolve in *volere unanime* epperò nella *unisonanza di tutte le volontà individuali;* sicchè posto il vero volere di una intera *Universitas* sparisce la sindacabilità della *Universitas* come tale e rimane la individuale sindacabilità di tutti quelli che la compongono. Che se poi questa unanimità non è conseguita e si presenta il volere della maggioranza sparisce allora la nozione del comune volere nelle sue attenenze col reato, perchè la minoranza non potrebbe rispondere di quello che non ha voluto.

Nel Diritto Romano questo principio si è mantenuto in tutto il suo vigore, anzi fu solennemente riconosciuto da Ulpiano, quando disse che l'accusa può aver luogo contro coloro che amministrano la città ma non contro la città: *De dolo decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio* (1). E l'Imperatore Majoriano disse più esplicitamente: *Nunquam curiae generali condemnatione mulctentur cum utique hoc et aequitas suadeat et regula juris antiqui ut noxa tantum caput sequatur* (2). Vero è che alcuni luoghi del Diritto Romano sembrano accennare a contraria sentenza, ma essi son relativi a rifacimento civile di danni senza trattarsi di reato e di punizione (3) Di maniera che rimase fermo come principio generale che *singulorum proprium est maleficium* (4).

Nell'antico diritto del Regno questa teorica romana soggiacque ad eccezioni dettate da interessi speciali. Così Federico II sottopose a pena arbitraria l'*Universitas* la quale celasse gli autori di clandestini malefizi, come colpevole di *defensa injuste imposita*, e minacciò di desolazione quell'*Universitas* che osasse investire alcuno di quella giurisdizione che dal solo principe può esser conferita (5) E ciò provenne dalla influenza del Diritto Canonico che riconosce punibile un'intera comunanza come il dimostra l'*interdetto* che scagliavasi contro intere popolazioni (6)

(1) l. 15 § 1 D. de dolo malo.
(2) Nov. Major. tit. 7. in Hugo Jus civile antejust. pag. 1386.
(3) l. 4 D. de vi — l, 9. § 1 D. quod met. caus.
(4) l. 34 D. de injur. — l. 17 D. ad L. Corn. de sic — l. 51 D. ad L. Aquil. l. 15 § 4 D. quod vi aut clam.
(5) Const. Regni Sic. lib. I, tit. 27.
(6) C. 5 in VI de sent. excomm.

Oggi si riconosce che ogni società diversa dallo Stato è innanzi ad esso a considerarsi come un privato per i civili interessi; e se esce dai suoi confini l'annullamento della sua esistenza come società è l'unica via per impedire i disordini che possono sorgere dallo straripare delle associazioni. E quanto al reato la nostra legge non riconosce punto le *universitates delinquentes* non parlando de' reati se non come di azioni individualmente imputabili e punibili.

II. DEL CONCORSO DEI DELINQUENTI (1).

§ 69. *Nozione fondamentale.*

Se vi ha dei reati che si avverano per opera di un solo individuo, ve ne ha pure altri dove molti individui si associano e stretta fra loro la *societas sceleris* dànno attuazione ad un comune

(1) ***Falkner*** **Dissertatio de jure complicum in delictis (Ien. 1658).** ***Schwendendörfer*** **Dissert. de participatione delict. (Lips. 1676).** ***Geiger*** **Diss. de communicatione poenarum (Alton. 1679).** ***Stryck*** **Diss. de imput. facti alieni circa delicta (Francof 1688).** ***Cocceii*** **Diss. de socio criminis (Francof. 1701).—*Ludovici*** **Diss. de duobus circa idem factum concurrentibus (Hal.1714)—*Leyser*** **De Societate inhonesta (in Med. ad Pandect. spec. 167. Lips. 1717)** ***Nehrmann*** **Diss. de Sociis criminum (Lugd. Bat.1747)—*Eisenhart*** **Diss. de vera criminis socii notione (Helmst. 1730).** ***Schleuser*** **Diss. de imput. delicti alieni (Altd. 1750).** ***Surland*** **Diss, de Societate criminum eiusque pœna (Francof. 1755).** ***Westphal.*** **Diss. de consortibus et adjutoribus criminum eorumque pœna et nexu (Hal. 1760).*Schneidt*** **Diss. de concursu ad delicta aliena (Wirceb. 1774).** ***Graafland*** **Specimen juris exhibens quaestiones de sociis criminum (Lugd. Bat. 1785).** ***Vanderkemp*** **Diss. de eo qui delinquentis est socius (Lugd. Bat. 1790).** ***Schnell*** **De poenis regulariter mitioribus in sociis criminum quam in eorum auctoribus jure romano sancitis (Heidelb. 1805).** ***Hoop*** **De concursu ad delictum secundum jus hodiernum (Gand, 1820).** ***De Potesta*** **De communione sceleris secundum jus crim. hodiernum (Leod.1720)—*Vankessenich*** **De sociis in crimin. (Leod. 1823).— *Wolthers*** **De auctoribus sociis et fautoribus delictorum eorumque pœnis (Groning, 1823) — *Gevers*** **De sociis delinquentium (Lugd. Bat. 1824).** ***Skelund*** **Diss. de concursu ad delictum (Abo 1824).** ***Busmann*** **De societate delinquendi (Groning.1824)—*De Smet*** **De sociis in crimine (Gand, 1827)—*Stübel*, Della partecipazione di molti al medesimo delitto (ted. Dresda, 1828).—*Van-Hoersolte*** **Doctrina de auctoribus et sociis delictorum (Lugd. Bat. 1828).** ***Nicolini*** **della complicità (Napoli 1837; 4ª ediz. 1850.)** ***Kitka*** **Del concorso di più persone ad un medesimo reato (ted. Vienna 1840). Opuscoli nello Archivio di Diritto Criminale di *Konopack*** **(Arch. t. VII); *Tittmann*** **(N. Arch. di D. Cr. t. II); *Mittermaier*** **(Op. c. t. III)** ***Vanschirach*** **(t.III), *Borst*** **(Op. cit. t.VII), *Brakenhaeft*** **(Arch. di D. Cr. Nuova Serie 1840), *Abegg*** **(Op. cit. 1841), *Birnbaum*** **(Op. c. 1842) — *Ziegler*** **La partecipazione ad un reato (ted. Marburg. 1845) — *Berner*** **La partecipazione ai reati (ted. Berlin. 1847) — *Joly*** **De la complicité (Paris 1855).**

proponimento. E questo dicesi concorso dei delinquenti. A rinvenire il principio regolatore di una tale materia egli è duopo rammentare ciò che dicemmo sul subbietto del reato. Dee rispondere dell'apparizione del reato colui che ne è l'*auctor*, colui che lo ha voluto ed eseguito in maniera da potersi tenere cagione fisica e morale di esso. Ora egli è certo che per darsi punizione ad un individuo egli è mestieri rinvenirlo *reo*, cioè bisogna che l'obbiettività del reato si rannodi a lui come effetto a cagione. Il concorso dei delinquenti si avvera quando più individui son *rei*. E questo ha luogo allorchè ciascuno abbia *voluto* ed *attuato* il *reato (dolus et damnum)*. Ora il reato è l'opera di molti quando molti lo vogliono e lo eseguono. Se il reato è un evento contrario al Diritto che mette le sue radici nell'attività dell'uomo, ad aversi il concorso al reato egli è mestieri che si riproduca per ciascuno dei *socii criminis* quello che è l'essenza fondamentale del reato cioè la duplice nota di aver voluto un fatto contrario al Diritto, e di aver operato qualche cosa in virtù di questo volere perchè quel fatto si avveri. E quando il reato si è appalesato per opera di molti sussistendo nella *coscienza* e nell'*attività* di parecchi, ciascuno di essi dee rispondere innanzi alla giustizia punitrice come concausa materiale e morale dell'avveramento del reato.

§ 70. *Condizioni per il concorso dei delinquenti.*

Dalla nozione per noi esposta, che concorre al reato chi lo vuole ed esegue qualche atto perchè esso si avveri, possiamo desumere i pronunciati seguenti:

I. È necessario il comune volere, la *conscientia sceleris* nei cooperatori. Un concorso puramente materiale al reato è una contraddizione nei termini. Colui che porge una fune, una scala, un'arme senza sapere a qual uso fosse destinata è certamente innocente del reato che altri consuma. Se vediamo che un chimico interrogato intorno la possanza di un farmaco ne addita la efficacia mortifera e con questa istruzione un uomo è ucciso di veleno, se un farmacista richiesto di un rimedio pe' topi dia dello arsenico e questo viene adoperato per uccidere un uomo, in un

tal fatto del chimico o del farmacista noi non possiamo ravvisare il *dolus criminis* epperò non possiamo ravvisare il concorso al reato. Vi ha dei fatti che portano in loro scolpita la *conscientia sceleris* come avviene dell'instigazione a delinquere. Ma ve ne ha pure degli altri che non hanno tal nota; e quivi è bisogno della *scientia* in colui che coopera; perchè la *voluntas* si manifesta appunto nella *scienza* di quello evento criminoso a cui un fatto benchè innocente può essere dirizzato.

II. Egli è duopo che ciascuno dei partecipi operi qualche cosa per l'attuazione del comune propónimento senza soffermarsi al puro proponimento ed alla sua esternazione. Un concorso puramente morale è impossibile al pari di un concorso puramente materiale. E il volerlo punire sarebbe lo stesso che violare il principio: *cogitationis pœnam nemo patitur*. Se noi vediamo che un individuo ha voluto la uccisione di un suo nemico e quantunque abbia esternato il suo volere si è rimasto da qualsiasi atto per l'esecuzione e nel tempo stesso un altro individuo uccide materialmente colui che era già tolto di mira dal primo, noi abbiamo nell'uccisore l'*auctor criminis*, ma in colui che ebbe il proponimento e lo manifestò senza discendere ad alcun fatto per attuarlo non troviamo verun legame con l'uccisore. Ad aversi in lui il concorso al reato, oltre al proponimento, gli è duopo di un qualche vincolo tra questo e il fatto da altri eseguito e questo vincolo sta in ciò che egli abbia fatto un qualche sforzo perchè l'uccisione si fosse eseguita e che l'uccisione sia avvenuta in mercè di questo sforzo.

III. Il così detto *concorso negativo* al delinquere è una impossibilità (1). L'essenza infatti del concorso sta nel cooperare, nell'essere più individui *concause* del maleficio. Ora concausa del fenomeno contrario al Diritto non può essere chi non opera nulla perchè esso si avveri; e vi ha contraddizione nei termini quando si ammette che possa un individuo *cooperare* non operando. Sup-

(1) *Schroeter* Quomodo nuda scientia criminis quem involvat (Jen. 1687) — *Reinhardt* De poena delictis conniventium vel eorumdem scientiam habentium (Erf. 1734) — *Boehmer* De oblig. ad revelandum occulta (Hal 1734) — *Crell* De poena silentii et conscientia delicti alieni (Viterb 1742)—*Henne* De crimine silentii (Erf. 1761).

pongasi che un individuo abbia esternato il disegno di uccidere un suo nemico, e colui al quale egli lo abbia esternato voglia pure l'uccisione ma non abbia il coraggio di eseguire la determinazione del suo volere, e sapendo il proponimento fatto dall'altro se ne compiaccia in sè stesso, non curi d'impedirlo, non riveli all'autorità questo pericolo che minaccia un altro uomo. La giustizia umana dovrebbe in lui punire il puro proponimento se volesse punirlo e lo punirebbe quando il reato non ha sussistenza per lui non essendo una sua *azione*. Egli ha voluto e non ha operato; egli dunque non è *reo*. — Se non che sonovi dei casi in cui il rimanersi inoperoso è preveduto dalla legge come un reato ed è questo il caso del reato di *omissione* cioè trasgressione di un dettato con cui la legge c'impone di far qualche cosa sotto minaccia di una pena. Colui che è posto a custode di un pubblico archivio ha il debito di impedire che pubblici documenti ivi depositati ne siano portati via. Se altri porti via questi documenti ed egli sapendolo non impedisca, vi ha in tal caso la duplice possibilità della negligenza e della connivenza. Il suo non impedimento nel primo rincontro è una *culpa*. Nel secondo rincontro si appresenta il *dolo* e questo dolo ha il duplice risultamento dell'aver violato un debito che era da adempiere per ragione d'ufficio e di aver con questa violazione agevolato la consumazione del reato. Ma fuori di questi casi in cui è debito giuridico l'impedimento, il non fare non può mai tramutarsi in cooperazione. (V. § 31).

IV. Medesimamente un concorso posteriore al reato è impossibile (1). Imperciocchè l'essere proprio della cagione è quello di precedere l'effetto. Tutto ciò che vien dopo un evento è sempre estraneo al suo avverarsi quali che sieno le attenenze che possa avere col medesimo. Così l'occultare gli oggetti che furono involati, il porger ricovero a colui che è fuggito dalla prigione, fatti che vengono a costituire il *crimen receptatorum*, non possono mai costituire per sè stessi concorso alla esecuzione del reato; l'occul-

(1) *Leyser* De jure reter. adversus receptatores constituto (in Med. ad Pand. Spec. 555) — *Putmann* De receptatoribus (Lips. 1788) — *Ziegler* De ratihabitione (Viterb. 1760).

tare il cadavere di un uomo ucciso non può mai costituire concorso all' esecuzione dell' omicidio, lo spendere una moneta falsa con la coscienza della sua falsità non è mai concorso al reato di falso. Tutte queste azioni possono essere dalla legge incriminate come azioni per sè stesse contrarie ai dettamenti del Diritto, come malefizi *sui generis*, ma egli sarebbe una strana ed assurda valutazione il considerarle come forme di cooperazione al reato. Nè si dica che spesse fiate questi fatti sono l'adempimento di una antecedente promessa; imperocchè in tal caso essendo certa per altro la promessa antecedente, questa promessa costituisce per appunto il concorso al delitto, non il suo adempimento dopo il medesimo. La promessa è stata per appunto quel fatto che assicurando il delinquente prima di eseguire lo ha agevolato nella consumazione del reato; l'efficienza di questa promessa è stata concausa del reato indipendentemente dallo essere stata attenuta dopo il reato e come tale costituisce il concorso all'azion criminosa. Ma il fatto posteriore di adempimento rimane alcun che di straniero alla esecuzione del reato punibile per sè stesso se dalla legge è avvisato come un reato, ed impunibile quando la legge espressamente non lo abbia sottoposto ad una punizione.

V. Il concorso essendo l' opera di una *sola volontà comune* a tutti coloro che pigliano parte ad un medesimo reato, allorchè si porgano fatti criminosi istantanei, cioè figli di istantaneo proponimento come sono i reati di sangue nel calore della rissa, non si può riconoscere per questi casi veruna cooperazione. Ed è principio accolto da tutti i giuristi che in questi reati ciascuno dee rispondere del fatto proprio (*ictus uniuscuiusque*). Mancando il tempo perchè le volontà si accordino fra loro in un comune proponimento, manca la *conscientia sceleris*, manca l'unità del volere, epperò sparisce quel determinato reato che mentre è uno in sè stesso debbe essere espiato da molti.

§ 71. *Della punizione di coloro che concorsero al reato.*

Posto che il reato sta nell' operare contro il Diritto, quando avviene che molti cooperano ad un fatto criminoso quella puni-

zione che la legge fa cadere sovr' esso non dee dividersi certamente fra coloro che vi hanno cooperato; ma dee riprodursi come si riproduce il reato per quanti sono gl'individui che vi concorsero. In un solo e medesimo omicidio ove cooperano due individui la giustizia umana trova due omicidi, trova per due subbietti il reato dell' omicidio. Ma appunto per ciò che il reato si moltiplica a seconda delle attività che vi cooperano, se vi fu divario in questa attività, se la cooperazione dell'uno più che quella dell' altro dei *socii criminis* contribuì allo avveramento del medesimo,egli è duopo riconoscere che ineguale debbe essere la punizione. Tutti coloro che parteciparono all'attuazione del reato debbono soggiacere ad una punizione, ma questa punizione debbe essere varia a seconda della varia attività spiegata da ciascuno.

Or quali saranno le norme per misurare questa varia punibilità dei partecipi ad un reato?

I. Il primo criterio è quello della *necessità* dell'operazione individuale al comune risultamento voluto. Vera cagione è quella che non solo produce l'effetto; ma che era necessaria perchè questo effetto si avverasse. L' *eventus criminis* in essa piglia radice. Colui che ha cooperato al reato, ma di guisa che senza la sua cooperazione il reato sarebbesi avverato ha pure voluto cosa contraria al Diritto, ha pure operato contro il dettato di questo, ma vi è minore intensità criminosa nel suo fatto. In questo divario ravvisava il Rossi una distinzione di idee che egli rivelava con la distinzione dei nomi dicendo *correità* il concorso necessario, *complicità* il concorso non necessario. E noi accogliendo questa nomenclatura con la dottrina che vi sta in fondo riteniamo la sua sentenza che la punizione dei complici debbe essere minore di quella dei correi.

II. La stessa correità e la stessa complicità potendosi manifestare per azioni diverse, può esservi un divario nella intensità delle singole azioni costituenti la correità ed un divario parimente nella intensità delle singole azioni che costituiscono la complicità. E però bisogna lasciare al giudice di fatto una latitudine per distinguere la maggiore o minore intensità della cooperazione principale e della cooperazione secondaria. Il confondere in un

sol grado tutte le forme di cooperazione necessaria e tutte le forme di cooperazione accessoria è lo stesso che punire con egual rigore attività diverse per grado nella consumazione di un medesimo reato.

III. Se il concorso al reato si fonda nella *conscientia sceleris*, e ciascuno dei partecipi tanto ha di sindacabilità giuridica per quanto egli ha *saputo anteriormente alla esecuzione* il reato che voleasi eseguire, seguita che tutte le condizioni obbiettive e i reati incidenti che aggravano un reato non possono essere imputabili ai socii del medesimo se non in quanto essi ne aveano cognizione prima di compiere l'atto costitutivo della loro cooperazione.

IV. Se il reato di molti ricade sull'attività di ciascuno, le condizioni personali in cui un reo può trovarsi, sia che aggravino, sia che attenuino l'intensità criminosa del reato, non estendono oltre i limiti di colui cui si riferiscono la contingenza aggravatrice o attenuatrice di quello, perocchè *peccata suos tenent auctores*. Il cooperatore di un parricida è cooperatore in omicidio. Colui che ha per cooperatore un fanciullo minore di anni nove rimane reo benchè il fanciullo non debba essere sindacabile d'innanti alla giustizia penale.

§ 72. *Delle varie forme di concorso dei rei.*

Se noi guardiamo il reato nella totalità dei suoi elementi la varietà del concorso ci si porge possibile ad apparire sotto tre forme diverse. Imperocchè primamente un reato può essere e voluto ed eseguito in quell'unico fatto che lo costituisce da molti individui; come per esempio allorquando più individui dopo aver tra loro concertato la esecuzione di un furto, messi insieme tutti i mezzi, uniti si presentano in una casa, uniti ne aprono con violenza la porta, uniti dàn di piglio alle cose che vi ritrovano e vanno via. In secondo luogo il reato distinguendosi nel proponimento e nell'esecuzione può scindersi la cooperazione in modo che alcuno formi il proponimento e faccia opera perchè questo proponimento sia accettato e poi si rimanga dai fatti materiali

di esecuzione del reato, altri accoglie quel proponimento e fattolo proprio passa alla esecuzione materiale. In ultimo un fatto criminoso può comporsi di parecchi fatti uno dei quali debbe essere quello in cui specialmente si concreta il reato, dove che gli altri servono ad esso come mezzi rispondono al fine; come per esempio quando un individuo aggredisce un altro portando seco più individui che col numero, con la presenza armata incutano spavento, ed egli così facilitato ad eseguire il suo disegno lo compia consumando il fatto principale del reato, oppure quando un individuo invochi il soccorso di un altro perchè in qualsiasi modo gli porga i mezzi della consumazione del reato. Il primo modo è quello dei *coautori*. Il secondo è quello che divide il concorso nei due elementi della *provocazione* e dell' *esecuzione materiale;* e l' ultimo è quello che divide il concorso in *reità principale* ed *aiuto*.

§ 73. *Dei coautori.*

Quando dicesi *coautore* in questa voce è contenuto il significato di medesimezza d' azione, cioè che nel concorso dei delinquenti tutti hanno eseguito quell' istesso fatto che costituisce il reato. Così laddove due individui aggrediscono un individuo ed entrambi producono ferite letali nella sua persona chiaro è che sono entrambi omicidi quando non si sa per cagione di quale delle due ferite sia avvenuta la morte, che poteva essere l' effetto sì dell' una come dell' altra. Così laddove si esegua da più individui un' aggressione per commettere furto e tutti penetrano in una casa e tutti rovistano la casa e prendono le cose ivi riposte tutti sono *coautori* del furto. In tali rincontri debbono tutti soggiacere ad una medesima punizione. Se non che laddove rinvengasi una *societas scelerum* organata intorno ad un capo l'intensità della costui cooperazione è certo maggiore di quella dei gregarii; perocchè in lui risiede precipuamente il pensiero che dirige l'associazione dei malfattori, in lui si raccolgono, come nel loro comune principio, tutte le attività criminose dei singoli individui; onde il capo in simili casi dee certamente come forza maggiore

adoperata all' apparizione dei maleficii soggiacere ad una pena maggiore.

§ 74. *Della provocazione e dell' esecuzione materiale* (1).

La provocazione è la somma degli sforzi che fa un individuo perchè altri esegua il reato da lui voluto. Essa non è un puro proponimento ma aggiunge al proponimento un operare ed un operare sulla volontà di un altro uomo , vincendola , soggiogandola, facendola strumento all'attuazione delle voglie del provocatore. In essa si appalesa che un essere dotato di volontà opera con questa sovra un' altra volontà ; onde l' uomo che provoca è cagione del reato in un modo alquanto diverso dalle altre manifestazioni del delinquere ; sendochè il provocatore non dee vincere forze fisiche e soggettarle al suo arbitrio ma vincere una forza morale , assoggettare a sè una volontà la quale è eccitata , ma non assolutamente mossa sicchè l'esecutore materiale è sempre la cagione efficiente dei propri movimenti. Epperò la provocazioue non toglie allo intutto la libertà morale (altrimente degenererebbe in costringimento , togliendo allo in tutto la colpabilità dell' esecutore che vi sottogiace); ma porge motivi impellenti alla volontà di un altro uomo. Da queste considerazioni sorgono i pronunciati seguenti :

1) La provocazione debbe essere determinata, cioè sospingere ad un reato determinato. Una provocazione astratta a delinquere non potrebbe costituire tal fatto che renda il provocatore sindacabile di un reato determinato da altri eseguito. Imperocchè manca in lui quella volontà specifica che un dato malefizio si compiesse. E l' uomo dee rispondere della provocazione da lui fatta appunto allorchè ebbe luogo per un dato reato , avendolo *voluto* ed avendo fatto per attuarlo quello sforzo che consiste nell' eccitamento dell' altrui volere. In somma il provocatore deve aver *voluto* quel reato che si è eseguito e ad esso deve aver provocato.

(1) *Mittermaier* Idea, specie, e penalità dell' autore del delitto (ted. nel N. Arch. di D. Cr.; vers. ital. Scr. Germ. Liv. 1846).

2) Per la stessa ragione di rispondenza tra la provocazione ed il reato eseguito egli è duopo che *il provocato esegua ciò che fu voluto dal provocatore.* Se l' esecutore si dilunga dal contenuto della provocazione esegue per proprio conto il suo proponimento e non l' altrui. Onde vuolsi riconoscere come una delle dottrine generali della provocazione quello che i penalisti insegnano sull' eccesso del mandato. Quando il provocato opera cosa diversa da ciò che era voluto dal provocatore, se il divario si avvera nel fine il fatto eseguito dal provocato non cade sul provocatore tranne quando il provocato eseguì un fatto che era conseguenza prevedibile di quello a cui lo si provocava; e se il divario cade nel mezzo il provocatore dee solo rispondere del fatto eseguito quando il mezzo non ha cangiato la natura del reato, che formò la materia della provocazione.

3) La provocazione avvisata per sè medesima costituisce al massimo un fatto preparatorio rendendo possibile l'esecuzione di un reato a chi la vuole senza avere la volontà speciale di compierla da sè stesso. Allorchè per l'opposto il malefizio apparisce nel teatro dell' azione, il proponimento che accetta l' esecutore è fatto che pone radice nell' attività del provocatore, e che generando l' apparizione del reato rende costui causa efficiente e sciente del reato. Da ciò si raccoglie che il provocatore non è incriminabile se non quando il reato è stato eseguito da colui che egli provocò a delinquere. E di quì rampollano due conseguenze: *a)* la punibilità del provocatore comincia colà dove comincia la punibilità dell' esecutore cioè nel conato prossimo alla consumazione del maleficio; *b)* il desistere volontario dell' esecutore o il suo astenersi dal cominciare sottrae la provocazione ad ogni maniera di punizione.

4) La provocazione può essere revocata quantunque siasi fatta opera per determinare la volontà di un altro uomo. Ma perchè il desistere del provocatore generi la sua esenzione dalla sindacabilità giuridica non basta la mutazione del volere; egli è duopo di un' attività che annulli l' attività della provocazione operata. Laonde se il provocatore ha cercato a tempo debito di raffrenare l' esecutore, laddove costui operi conoscendo il mutato volere del

provocatore, opera per conto proprio ed in lui solo si restringe la sindacabilità del malefizio. Ma se l' esecutore materiale non conobbe il desistere del provocatore questo riducesi ad un pentimento inefficace e dee sempre l' avvenuta provocazione avvisarsi come concorso al reato.

5) Dalla nozione stessa della provocazione si desume quali possano esserne le specie. Imperocchè si può trascinare la volontà di un uomo sia mercè il *comando* quando si ha una autorità sovra lui, sia mercè il vincolo di un *patto* scellerato, sia mercè l'*instigazione*.

a) Il *comando* (1) è da rannodarsi alla teorica dell' ubbidienza gerarchica. In quelle cose *quae habent atrocitatem facinoris*, tranne i casi specialmente enunciati dalla legge come tali da togliere ai medesimi la nota del maleficio, il comando non giustifica l'esecutore e bisogna punire *eum qui jussit* ed *eum qui fecit*. Ma il superiore per rispondere di cooperazione per comando debbe abusare della sua potestà cioè comandare atti relativi alle attribuzioni di che si trova rivestito; atti che abbiano un legame col suo potere e comandare a chi è tenuto di prestargli obbedienza.

b) Il *mandato* (2) è il *pactum sceleris*. Esso componesi di *proposizione* ed *accettazione;* e senza l' accettazione non può essere al certo punibile la sola proposizione perchè il mandato non sussiste per anco.

c) L'*instigazione* (3) sta nello eccitare i sentimenti di un uomo alla consumazione del maleficio in maniera che la sua volontà senza soggiacere ad esterne limitazioni si determini ad attuare un reato. E quì bisogna rinvenire la instigazione nei suoi elementi essenziali perchè la si abbia come tale e la si punisca co-

(1) *Crell,* an et quatenus jussio eum qui paret a pœna exeusset eamve minuat (Lips. 1786)—*Hommel* De pœna ejus qui ex mandato aut jussu deliquit (Viterb. 1796).

(2) *Stryck* Diss. de mandato delinquendi (Francf. 1690)—*Lyncker* Diss. de mandato rei turpis (Jen. 1699) — *Leyser* Diss. de mandato turpi (in Med. ad Pand. spec. 183).

(3) *Lauterbach* De consilio eiusque jure (Hal. 1654) — *Stryck* De jure persuasionis (Francf. 1678) —*Id.* De jure blanditiarum (ib. 1672)—*Crell* De pœna instigationis (Viterb. 1754)—*Reinhardt* De consilio in criminalibus ejusque effectu (Erf. 1732)—*Haste* De consilio in criminibus ejusque effectibus (1732) — *Schwderdaefer* Diss. de comminatione (Lips. 1688).

me concorso al reato perchè talvolta una parola imprudente può essere occasione a delinquere. Questa persuasione al delitto può avverarsi poi mercè artifizi colpevoli ovvero col suscitare speranza o timore nell' animo di colui che si vuol provocare.

6) La punibilità della provocazione e dell'esecuzione materiale è facile a determinarsi, chi tenga l' occhio alle cose esposte innanzi. L' esecutore dee sempre esser punito come reo perchè egli ha *voluto* ed ha *eseguito* il fatto criminoso. Il provocatore non sempre debbe esser considerato come punibile con eguale rigore. Quando la sua provocazione è stata la sola ragione determinatrice della volontà dell' esecutore egli è duopo ritenere che la pena debbe esser uguale ; e che quando il provocato avea già nel suo animo la ragione determinatrice del reato la provocazione ha avvalorata la volontà del provocato, ma *non est causa criminis*, sibbene una delle concause, e come tale merita una punizione minore.

§ 75. *Della divisione del concorso in reità principale ed aiuto* (1).

Quando il fatto principale che costituisce il reato non può compiersi da quell' individuo che delibera di eseguirlo sicchè gli è mestieri che altri compiano fatti i quali o porgano a lui mezzi per la esecuzione o ne rimuovano gli ostacoli, il dramma criminoso si dirama nell' *azion principale* e nell' *aiuto*. A colui che esegue l'azion principale è dato il nome di reo principale, a colui che aiuta il nome di *complice* nel linguaggio comune. L' aiuto vuol essere valutato nella sua essenza e nelle sue specie perchè se ne conosca le conseguenze giuridiche.

1) L' *aiuto* al maleficio ha per indole propria quella di contenere una azione diversa dal fatto principale in cui il reato si incarna. Colui che uccide non è complice ma reo principale; colui che tiene la vittima mentre altri letalmente ferisce è aiutatore dell' omicida. E di quì sorge quell'aforismo giuridico che non vi è complice dove non sia un reo principale, non potendosi sup-

(1) *Mommaerts* De criminum fautoribus (Lov. 1827) — *Ulens* De criminum fautoribus (Lov. 1829).

porre aiuto criminoso senza ammettersi un reato che improntì di reità quel fatto che ne ha renduto agevole l'esecuzione.

2) L'aiuto può essere morale o materiale. Esso è **morale** quando senza concatenarsi all' esecuzione stessa pone l'animo del colpevole nella condizione di poter eseguire; è **materiale** quando porge mezzi materiali o fatti materiali che si rannodano al fatto principale.

a) L'aiuto morale si manifesta 1.° in colui che ***istruisce il delinquente*** perchè gli addita qual è il modo da tenere nella consumazione del maleficio e rafforzandogli la mente lo rende acconcio alla esecuzione; 2.° in colui che rafferma il delinquente con promessa di qualche fatto materiale da sua parte, facendogli sperare sia l' impunità o la facilità di occultare le pruove del reato, sia l'aiuto materiale nel momento dell' esecuzione (ancora che il fatto promesso non si esegua).

b) L' aiuto materiale si manifesta : 1.° in colui che concorre all' apparecchio del reato sia porgendo mezzi (come la somministrazione dell' arme per uccidere, la somministrazione della fune della scala del grimaldello per commettere furto, ovvero il lasciare aperta una porta perchè i ladri entrino in un recinto chiuso e simili casi); 2.° in colui che senza eseguire il fatto stesso del reato presta la sua opera nel momento stesso dell' esecuzione, con qualunque fatto da sua parte come il mettersi ad esplorare se vien gente quando il ladro penetra nella casa, il prestare la presenza per far numero a chi assale il viandante nella via.

3) L' aiuto o morale o materiale rende sempre sindacabile colui che lo presta a nome del malefizio commesso dall'autor principale. Non v' ha dubbio che la pena di ciascun reato dee tutta cadere sull' autore come colui che specialmente rappresenta l'elemento subbiettivo di ciascun reato. Ma colui che aiuta e diviene *socius criminis* non deve esser punito sempre con egual pena. Laddove la sua cooperazione era tale che senza essa il reato non sarebbe avvenuto egli è duopo riconoscere in lui una maggiore punibilità; ed egli deve per contrario esser punito con pena minore laddove la sua cooperazione era tale che il reato poteva avvenire indipendentemente da essa.

§ 76. *Nozioni storiche.*

La mancanza di precise generalità su l'essenza del reato generò nel Dritto Romano una discordanza di pronunciati sul concorso dei delinquenti. Al tempo della legislazione corneliana per alcuni reati trovasi enunciata la partecipazione al reato con locuzioni generali, cioè *cuius ope, consilio, dolo malo factum est*, e punita con quella stessa pena che davasi all'autore ; e questi reati erano il parricidio, l'omicidio, l'incendio, il falso, l'annona ed il peculato, il crimenlese (1). Per altri delitti poi si descrivea nella *lex* le singole azioni di partecipazione che erano punite come il delitto; e così avvenne per l'adulterio e per il plagio (2). Nel tempo degli Imperatori venne ampliato il novero delle azioni di partecipazione singolarmento descritte ed in parte più miti pene furono date al complice che all'autore (3). E d'altro canto i giureconsulti si adoperarono a formare nozioni e definizioni generali sulle varie specie di concorso. Così al tempo di Giustiniano porgesi una dottrina sulle varie materie attenenti il concorso dei rei, e questa dottrina comune ricavasi dalle particolari determinazioni a ciò relative. Il primo divario che si porga è quello tra la cooperazione per puri fatti di concorso morale e la cooperazione materiale. I. La cooperazione morale si manifesta con la locuzione di *auctor*. *Auctor* era colui che precipuamente faceasi cagione del reato con una instigazione al reo principale; ed a lui si apponea la formola *qui causam dedit* onde diceasi *auctor* ovvero *dux criminis*, e *princeps delicti* (4). Questa istigazione poi poteva avverarsi per tre forme come a dire il comando, il consiglio, il mandato — *a)* Quanto al comando è sindacabile *qui jubet si modo jus imperandi habuit*, *quod si non habuit cum eo agendum est qui fecit* (5). Salvo il potersi punire come *suasor* colui

(1) L. 1, l. 6 D. ad L. Pomp. de parric. — Inst. IV, 18, 6 — L. 7 C. ad L. Corn. de Sic. — L. 1 D. incend. — L. 2 D. ad L. Corn. de fals. — L. 2 § 1. D. ad L. Iul. de annona. — L. 1, l. 4 pr., l. 10 D. ad L. Iul. maiest.

(2) L. 8 D. ad L. Iul. de adult. — L. 6 § 2 D. ad L. Fab. de plag.

(3) L. un. C. de raptu virgin. — L. un. C. de nili agger. — Paul. V, 23, 17.

(4) L. 38 § 2 D. de poenis. — L. 10 D. de servo corrupto. — L. 5 D. de extraord. crimin. — L. 1 pr., l. 3 § 4 D. ad L. Corn. de Sic. — L. 1 § 13 D. ad Sc. Turp.

(5) L. 37 pr. D. ad L. Aquil.

che avea comandato *sine jure imperandi* (1). — *b)* Quanto al consiglio se esso era un puro consiglio rimaneva impune ; bensì diceasi tecnicamente *consilium* l' atto di colui *qui persuadet et impellit atque instruit consilio* (2) e l' autore di questo consiglio era detto *suasor* (3). — *c)* Infine il *mandato* era punito come il delitto stesso nell' omicidio , nell' *injuria* , nella dolosa *corruzione delle tavole pretorie* , nella falsa accusa , nel *crimen vis* (4). Ma se il mandatario eccedeva dai confini del mandato in lui solo restringeasi la punizione (5). E qui vuolsi notare la sentenza romana: *In maleficiis ratihabitio mandato aequiparatur*. La quale secondo alcuni vuol essere interpetrata come efficace per le pure conseguenze civili di rifacimento dei danni; e se vuolsi interpetrare come dotata di efficacia per rispetto alla punizione bisogna intendere che sia *ratihabitio* qualche segno esteriore che mostri antecedente partecipazione per mandato (6). — II. La cooperazione materiale , cioè l' atto di colui *qui opem fert* , era designata con la voce *socius* contrapposta ad *auctor* o cooperatore morale (7). Intanto erano annoverati tra' *socii criminis* il *particeps* o *consors* colui cioè che prende parte principale al reato ed il *minister* o *satelles* che vi prendea parte secondaria (8). Ai socii in ampio senso appartenea-no i *conscii* , cioè quelli che gradivano il maleficio benchè loro fosse mancata l' occasione di rivelare attivamente la loro intenzione criminosa e costoro eran pure punibili come l' autore in taluni gravi delitti come il crimenlese (9). Infine era annoverato *inter socios* il *fautor* cioè colui che scientemente sostenne l'autore con tali azioni che erano in legame col fatto principale sia sottraendo il colpevole alla pena, sia nascondendo o vendendo le cose rubate; e per taluni casi il ricettatore era punito come il

(1) L. 11 § 3 a 6 D. de injur.
(2) L. 50 § 2, 3 D. de furt. — Inst. IV, 1, 11.
(3) L. 12 D. ad L. Iul. de adult.
(4) L. 15 D. ad L. Corn. de Sic. — L. 11 D. de injur. — L. 7 § 5 D. de jurisd. — L. 1 § 13 D. ad Sc. Turp. — L. 152 § 1 D. reg. jur.
(5) L. 5 pr. D. de mandat.
(6) L. 152 § 2 D. de reg. jur.
(7) L. 10 C. ad L. Fab. de plag. — L. 11 C. de test. — L. 9 C. de malef. — L. 1 C. Th. de exhib. reis.
(8) L. 14 D. ad Sc. Silan. — L. 6 D. de public. — L. 17 § 3 D. de quaest. — L. 5 § 6 C. ad L. Jul. maj.
(9) L. 6 D. ad L. Pomp. de parric. — L. 5 § 6 C. ad L. Jul. maj.

reo (1). E per rispetto alla falsa moneta si ritenne un concorso negativo (2). Se non che pei reati sorti d'improvviso per impeto di rissa fu ritenuto non esservi complicità, bensì che ciascuno dovesse rispondere del proprio operare: *Ictus uniuscuiusque contemplari oportet* (3).

Il Diritto Canonico riconobbe come degni di minor pena i complici in comparazione degli autori (4). Ma affermò pure che il concorso si può avverare per omissione di impedimento (5).

I giureconsulti italiani insegnarono pure concordemente una gradazione nella partecipazione al reato ritenendo sempre i complici punibili meno degli autori principali (6). Pe' *delicta atrocissima* accolsero la dottrina del concorso negativo (7). E le teoriche romane del *pessimum genus receptatorum* e della *ratihabitio* furono conservate con le distinzioni sulle varie forme di partecipazione al reato. E tra noi specialmente mancando norme generali nelle leggi antiche sulla cooperazione al reato si venne formando un sistema di pronunciati che gli interpetri traevano dalle varie instituzioni speciali e dalle opinioni stesse della scuola. Innanzi tutto fu posta una distinzione tra gli *autori principali* e i *complici*, ai primi dandosi il nome di *socii criminis*, agli altri quello di *socii in crimine* (8). Per la complicità fu principio comune che laddove gli atti che la costituiscono erano stati necessarii alla consumazione del reato la punizione doveva essere la pena ordinaria del reato stesso e dove per l'opposto non fossero stati indispensabili a tal uopo bisognava punirli con pena più mite o straordinaria (9). Come specie poi di complicità i nostri maggiori enumeravano l'*auxilium et opem praestitam*, l'*assi-*

(1) L. 48 § 1 e 3 D. de furt. — L. 12 C. ad L. Fab. de plag. — L. 9 C. ad Leg. Jul. de vi.
(2) L. 9 § 1 D. ad L. Corn. de fals.
(3) L. 17 D. ad L. Corn. de Sic.
(4) C. 6, X. de homic.
(5) C. 2, qu. 7 C. 55.
(6) *Gandinus* de maleficiis p. 66.
(7) *Clar*. Sent. recept. Lib. V § fin. qu. 87.
(8) Pragm. 30 de exul. — *De Angelis* de Off. Baronum f. 273, n. 67 — *Capyciilatri* Decis. 163, n. 64.
(9) *Caball*. de hom. n. 22. — *De Angelis* de delict. p. 1, c. 21, n. 2, 4, 5; c. 31. — *Sanfelic*. Decis. 76, n. 7. — *Maradei* observ. 23. — Pragm. 5 de ictu scopictae.

stenza armata, il *consiglio* la *persuasione* l' *istigazione*, il *favoreggiamento posteriore*, il *mandato a delinquere*. Per le prime due specie richiedeasi la dimostrazione del dolo non che per il favoreggiamento posteriore (1). Ma pene severissime sino alla morte furono comminate contro i ricettatori dei banditi o delle cose furtive con varie Prammatiche sotto il titolo *de receptatoribus* e *de exulibus* (2). Il mandato a delinquere rendea degni di egual pena il mandante e il mandatario (3); ma se il mandatario ricusato il mandato avesse consumato da sè il delitto, era egli punito pienamente, e il mandante tenuto ad una pena minore (4). E infine eravi un divario tra il mandato e la persuasione; imperciocchè la persuasione non seguita da effetto non generava la penalità del *suasor* (5), dove che nel mandato benchè l'omicidio non si fosse effettuato il patto iniquo rendea punibili il mandatario ed il mandante (6).

La legge del 1808 disse diretto il delitto nel quale il reo è l'esecutore del suo proprio dolo, indiretto quello che si commette da un altro; nella specie dei delitti indiretti pose quelli che commandano altrui l'esecuzione di un delitto, quelli che per ubbidire ai mandanti l'eseguono, quelli che consigliano il delitto, quelli che lo coadjuvano. Essa punì egualmente il mandante ed il mandatario tranne il caso di revocazione o sospensione del mandato o eccesso del mandatario impunibile da parte del mandante, punì colla stessa pena del delitto come reità principale la instigazione, l' istruzione quando fosse stata necessaria alla esecuzione del reato, punì con minor pena la facilitazione dell' esecuzione che essa domandò *complicità*; ed estese la complicità al favoreggiamento posteriore che sia frutto di anteriore promessa, al partecipare al lucro del delitto, ed aprì l'adito ad una presunzione possibile di mandato per posteriore ratificazione (7).

Solamente il Codice del 1812 interruppe la tradizione di una

(1) *De Angelis* l. c. — *Guazzini* Defens. 33, n. 10.
(2) *De Rosa* Resol. crim. 25.
(3) *Clar.* qu. 79 n. 1.
(4) *De Angel.* de del. p. 1 c. 88, n. 11.
(5) *De Angelis* de delict. c. 31, n. 14, 15.
(6) *Rovit.* in Pragm. 1 de assass. n. 3, 14.
(7) Art. 19 a 24.

distinzione tra cooperazione essenziale e cooperazione accidentale e movendo dal principio dell'esemplarità intimidatrice impose la stessa pena agli autori ed ai complici senza niuna distinzione; e tra le varie specie di complicità allogò pure la sciente ricettazione di persone o di cose criminose (1).

§ 77. *Diritto vigente.*

La legislazione attuale seguendo le vestigia tradizionali del Diritto Romano e del Diritto patrio antico si avvicina ai principii fermati dalla scienza benchè non compiutamente li accolga. Tre pronunciati fondamentali la scorgono, cioè 1) il considerare come concorso al reato il produrre qual concausa sciente e volente il fenomeno contraddittorio alla legge; 2) il riconoscere una gradazione nella sindacabilità giuridica di coloro che pigliano parte all' azione criminosa; 3) lo avvisare talune forme di concorso al reato come incapaci di gradazione quando costituiscono sia una provocazione sia una direzione alla consumazione del reato. Da questi tre principii si derivano tutti gl' instituti da essa consecrati sul concorso dei delinquenti, instituti che vogliono essere partitamente esposti e dichiarati.

I. Innanzi tutto il Diritto vigente pone una distinzione tra colui che con la sua mano effettua fisicamente un reato nel fatto generico che lo costituisce, come per esempio a rispetto dell' omicidio il fatto della lesione mortifera (*vulnus*), e colui che muove il reato o lo coadjuva o coopera ad esso senza esserne il fisico e materiale effettore. Al primo la nostra legge dà sempre il nome di *autore* o *reo principale;* all' altro dà il nome di *complice* (2). Dal che sorge la dottrina importante nella pratica che non vi è complice senza un autore principale.

II. Quando molti individui prendono parte a quella medesima azione determinata che costituisce il fatto generico del reato il concorso prende nome di *correità* (3). Laonde se più individui

(1) Art. 59, 60, 61, 62, 63.
(2) Art. 74, n. 4, 76, 77 LL. PP.
(3) Art. 456 LL. PP.

...rano sovra un uomo stesso dei colpi e questi son tutti mortiferi, diconsi questi individui *autori* o *coautori* o *correi* nel maleficio della uccisione (1). Che se poi l'unico fatto generico non fosse attribuibile a tutti, e se ne ignorasse l'autore (come esempigrazia in un omicidio se fosse uno il colpo mortifero e dei molti che presero parte al reato non si sappia chi fusse stato l'autore di esso), egli è giustizia che per ciascuno di essi tra l'esser considerati tutti come autori e l'esser considerati tutti come complici si ponga la dottrina più mite di avvisarli tutti come complici di un solo e medesimo malefizio e complici vicendevolmente. Ciascuno non potrebbe ricusare la nota di complice senza assumere quella di reo principale; e la legge, per ciascuno, tra le due note elegge la più mite. Il che dicesi dottrina della *complicità corrispettiva*, dottrina elevata dalla giureprudenza e oggimai sanzionata col Rescritto del dì 8 gennaio 1845.

III. La complicità consiste in ogni fatto la cui mercede un individuo concorre come concausa sciente e volente ad un reato, ma senza eseguirlo, e solo aggiugnendo la sua opera al fatto dell'esecutore diretto. Ma il legislatore per evitare l'arbitrio giudiciale ha designato i fatti nei quali la complicità si appalesa e fuori dei quali non è lecito al giudice ritenere un individuo come complice del reato. E quì vuolsi tener d'innanzi l'art. 74 delle Leggi Penali ove sono enunciate quattro categorie di complici del reato: 1) coloro che avranno dato commessione o mandato a commetterlo — 2) coloro che per mezzo di doni, di promesse, di minacce, di abuso, di autorità o di potere, di macchinazioni o artifizi colpevoli lo avranno provocato o avranno dato istruzioni per commetterlo — 3) coloro che avranno procurato armi strumenti o altri mezzi che han servito all'azione sapendo che vi dovean servire — 4) coloro che avranno scientemente assistito o facilitato l'autore o gli autori delle azioni criminose nei fatti i quali le avranno preparate facilitate o consumate.

IV. Da questa enucleazione dei fatti costituenti la complicità nel reato chiaramente si scorge quattro specie di manifestazione

(1) Rescritto del dì 8 gennaio 1845.

dell'attività umana essere state eliminate dalla categoria dei fatti di complicità criminosa. 1) La pura cogitazione criminosa esternata da colui che non è l'autore del reato, purchè rimanga nello stato di un proponimento criminoso senza che altro vi si aggiunga, è straniera pertanto al fatto stesso del reato. — 2) Gli atti puramente scevri da ogni *conscientia sceleris* per quanto abbian potuto contribuire all'apparizione del reato non sono mai incriminabili come fatti di complicità nel reato. Onde la legge richiede la *scienza* dello scopo criminoso come elemento necessario per trovare complicità così nella somministrazione dei mezzi a delinquere preveduta dal n. 3 dell'art. 74 LL. PP. come nella agevolazione e nella assistenza materiale al reato da altri commesso, prevedute dal n. 4 di quel medesimo articolo. — 3) Gli atti posteriori al reato non possono costituire complicità nella attuazione del malefizio; e se la ricettazione sciente delle cose furtive è punita, se è punito il ricovero sciente ad alcuni individui, la legge considera questi fatti come reati di per loro stessi; e nel caso che sieno attuazione di promessa anteriore al reato punisce la promessa come complicità giusta il n. 2 dell'art. 74, indipendentemente dal suo avverarsi. — 4) Gli atti di omissione non costituiscono complicità per sè stessi consistendo nel *non agere*; e solo quando già fossero per sè stessi un reato la legge li punisce indipendentemente dalla complicità, come a grazia d'esempio nei custodi che lascino fuggire i prigionieri.

V. La valutazione giuridica delle varie forme di complicità criminosa è fondata sul distinguere, giusta la tradizione del Diritto Romano, la categoria dei *duces sceleris* da quella dei *socii sceleris*. La prima categorìa comprende coloro che cooperano al reato formando il proponimento criminoso nell' animo dell' esecutore. Il carattere di questa categorìa (conforme dice sagacemente il Nicolini) non è nella cooperazione fisica, ma tutta la reità sta nel legame della scienza mutua e delle volontà con la condizione che nel complice risieda lo spirito animatore e la direzione del fatto e nell'autore fisico l'istrumento e la mano. La seconda categorìa poi comprende tutti coloro che dànno un *aiuto materiale* al reato da altri voluto disegnato ed eseguito. Alla pri-

ma categoria la legge rannoda il *mandans*, il *suasor* e colui *qui consilio instruit*, cioè quelle specie di complici che sono enucleate nei primi due commi dell'art. 74 LL. PP. Alla seconda la legge annoda tutti gli *auxiliatores*, specificati nei due ultimi commi dell'articolo suenunciato. Epperò pone due pronunciati. 1) L'impulsione morale al reato non pone distinzione di reità tra il complice ed il reo principale onde una medesima pena dee cadere sull'uno e sull'altro. 2) L'aiuto materiale al reato porta seco una gradazione di aiuto principale ed aiuto accessorio; e criterio di questa gradazione è la necessità dell'aiuto alla consumazione del fatto criminoso. Di maniera che se la cooperazione per aiuto materiale fu tale che senza essa il reato non sarebbe stato eseguito una medesima pena dee cadere sul complice e sull'autore; ma se la cooperazione per aiuto materiale fu tale che senza essa il reato sarebbesi avverato, la pena del complice debbe essere minore di quella che è segnata per l' autore, e in questa diminuzione è data al giudice la latitudine di mitigare per il complice, da uno a due gradi, quella pena che è segnata per il reo principale.

V. Per la correità e per la complicità sono poi consecrati nella nostra legge i tre pronunciati dei quali abbiam favellato scientificamente: 1) Nei fatti che sorgono *ex improviso* come nella rissa non può esservi complicità ma ciascuno risponde del proprio fatto giusta la dottrina dell' *ictus uniuscuiusque* (1). — 2) Le circostanze materiali che aggravano il reato non nuocciono che agli autori o a coloro tra' complici i quali ne hanno avuto la *scienza* nel momento dell' azione o della cooperazione costitutiva della loro reità (2). — 3) Le circostanze personali che accrescono tolgono o diminuiscono la pena di un complice o di uno degli autori del reato non giovano nè nuocciono agli altri (3).

(1) Art. 389. LL. PP.
(2) Art. 77 LL. PP.
(3) Art. 76 LL. PP.

CAPO QUARTO

Delle contingenze del reato (1).

§ 78. *Nozioni razionali.*

Nella Propedeutica noi riconoscemmo che la individualità come categoria fondamentale del reato si determina mercè le *contingenze* che lo accompagnano e che queste sono *obbiettive* o *subbiettive*, e che sì le une come le altre si suddividono in *aggravanti* ed *attenuanti* (Libro I § 21). Ora vediamo quali debbono essere le norme intorno a siffatte contingenze.

I. La prima regola intorno ad esse si è quella del divieto al giudice di costruire circostanze aggravanti fuori dei casi espressi dalla legge perchè ogni minima quantità di lesione a'diritti dell' uomo la quale non emani dalla legge ma sia lasciata al giudice sottopone l' uomo all' arbitrio dell' uomo. Quando una legge penale dà al giudice la latitudine di un massimo e di un minimo nella quantità del genere penale, il giudice può tener conto, movendo dal minimo, di tutti quegli aggravamenti che la legge non ha potuto prevedere *a priori*.

II. Ma per l'opposto a rispetto delle attenuazioni del reato bisogna accogliere un pronunciato diverso. Imperocchè la legge debbe evitare che quelle ragioni di mitigazione impossibili a prevedersi *a priori* non esercitino la loro efficacia sulla punizione del reato. Quelle cause di diminuzione della intensità del maleficio che *a priori* son prevedibili vogliono essere pronunciate dalla legge perchè non dipendano dall'arbitrio del giudice, ma tutte le altre debbono poi dalla legge esser lasciate alla prudenza ed al criterio morale del giudice col concedergli la potestà di diminuire di qualche grado la pena per attenuamenti non preveduti da essa. E in ciò piglia radice veramente la distinzione pratica che fan parecchie legislazioni delle *scuse* e delle *circostanze attenuanti*. Le scuse sono gli attenuamenti del reato che la legge stessa riconosce e di che il giudice dee tener conto nella de-

(1) *Heissler* de justis poenas mitigandi causis in crim. (Hal. 1752). — *Ziegler* Teorica dell' aggravamento della pena (ted. Helmst. 1806). — *Drakestein* De causa poenam mitigandi (Traject. 1822). — *Besserer* De mitigatione poenarum in crim. (Hal. 1732).

terminazione della pena; le circostanze attenuanti sono gli attenuamenti non ispecificati dalla legge stessa ma dalla legge abbandonati al calcolo prudenziale del giudice.

III. Di queste contingenze non si può formare una teorica appartenente alla *penalità generale*. Imperocchè se si guardano le contingenze obbiettive le quali diconsi pure circostanze materiali del reato, come ciascun reato in quanto alla specie cui appartiene ha una determinata forma per cui viola il Diritto, quei fenomeni che possono aggravare o attenuare l' una specie non possono aggravare o attenuare l'altra. Così, a grazia d' esempio, il valore che può modificare l' intensità dei reati patrimoniali non può modificare l' intensità dei reati di sangue; e del pari la qualità della persona offesa e l'impeto degli affetti che posson modificare i reati di sangue non posson modificare i reati patrimoniali. E se si volga l' occhio alle circostanze subbiettive o personali la qualità di congiunto o di pubblico ufiziale non può modificare ogni sorta di reato ma solo quelli ove si viola qualche attenenza giuridica che rannodasi ai legami del sangue o ai doveri dell' uomo pubblico. E come dalla specie si passa alle determinazioni individuali, la esposizione degli aggravamenti o degli attenuamenti dee tener dietro alla esposizione di ciascuna specie di reato; onde per gli aggravamenti si porge in ciascuna specie di reato il reato *semplice* ed il reato *qualificato*, cioè il reato non accompagnato dalle circostanze aggravanti e quello che dalle circostanze aggravanti è accompagnato.

IV. Se non che vi ha talune contingenze personali indipendenti al tutto dal reato cioè diverse da quelle circostanze personali che metton radice nella persona di un individuo in quanto commette un dato reato. Così se è un aggravamento personale quello del figliuolo che uccide il genitore, questo aggravamento si radica nella persona ma si appalesa inquantochè si appalesa il reato dell' uccisione del padre. Ma quando un individuo per aver antecedentemente commesso un altro reato si dee considerare come degno di una maggior pena, questa circostanza è al tutto indipendente dal novello reato. Di queste modificazioni assolutamente personali, che non hanno efficacia sul reato ma sulla sola

persona del reo facendolo degno di una pena maggiore o di una pena minore, vuolsi tener conto nella penalità generale.

§ 79. *Nozioni storiche.*

Nel Diritto Romano era riconosciuta la distinzione delle contingenze obbiettive e delle subbiettive: *Ex personarum conditione et rerum qualitate* (1). Le prime e le altre poi si divideano prese insieme in circostanze aggravanti e circostanze attenuanti. Claudio Saturnino enumerò sette cagioni di esasperazione: la *causa*, la *persona*, il *luogo*, il *tempo*, la *qualità*, la *quantità*, l'*evento* (2). E la *ripetizione del reato* o *perseveratio in crimine* era riconosciuta come cagione di esasperazione della pena (3). Per rispetto alla mitigazione l'*impetus* era riconosciuto come attenuazione materiale; e come attenuazioni personali l'età minore la vecchiezza il sesso il male patito per lungo giudicio (4). Oltre poi a queste determinazioni la giurisdizione straordinaria permetteva al giudice modificare la pena legale. *Hodie* (diceva Ulpiano) *licet ei qui extra ordinem de crimine cognoscit quam vult sententiam ferre vel graviorem vel leviorem ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat* (5).

Nell'antico Diritto del Regno si trasmisero con gl'interpetri gli insegnamenti del Diritto Romano sulle sette specie di aggravamento. Si riconobbe la pena straordinaria come mezzo di mitigazione: *Minuere debent quantum fieri potest poenas quae eorum arbitrio relinquuntur* (6). Si riconobbe come attenuamenti personali il sesso la vecchiezza, la conversione al Cristianesimo da parte del giudeo o del turco, lo sposare una meretrice, l'incontrare un cardinale, la nobile prosapia ed altre simili cose di eguale valore (7). La ripetizione del maleficio era tenuta dai pratici come

(1) L. 4 § 1 D. de incend.
(2) L. 16 D. de poenis.
(3) L. 28 § 3 D. de poenis.—L.3 § 9 D.de re milit.—L.4 C.de serv. fugit.
(4) L. 37 § 1 D. de minor. — L. 3 § 7 D. si adv. delict. — l. 6 D. ad L. Jul. pecul. — l. 38 § 7 D. cod. Nov 134, c. 10. — l. 25 D. de poenis.
(5) L. 13 D. de poenis.
(6) *De Angel.* de off. Baron. c. 221, n. 9.
(7) *Liberatore*, sulla Giurispr. pen. del Regno di Nap. C. II, p. 13, 14.

ragione esasperatrice : *Iteratione augetur delictum*. E Gotofredo sentenziò : *Consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et delinquentem acrius puniendi* (in l. 3 c. de episc. — cf. Farin. quaest. 18, n. 80). E nelle leggi stesse fu tenuta come ragione di aggravamento per alcuni reati (1).

La legge del 20 maggio 1808 fissò il principio della circoscrizione del potere del giudice per rispetto alla esasperazione della pena (2). Fissò pure come attenuamenti di dolo il giusto dolore, l'età minore, l'ubbriachezza ; e con l'art. 64 dichiarò in generale che la minorazione della pena può nascere o dal minor grado di dolo o dalla qualità delle conseguenze nei delitti non consumati o dallo stato della persona del reo. E se parlò della recidiva le diede l'efficacia di rendere inescusabile il reato (3).

Il Codice del 1812 restrinse sempre più le circostanze modificatrici nei confini della legge con questo pronunciato generale: *Niun reato può essere scusato nè la pena mitigata tranne i casi e le circostanze nelle quali la legge dichiari il fatto scusabile o permetta che vi sia applicata una pena meno rigorosa*. Esso poi fece dell'età minore un attenuamento personale, e considerò come aggravamento personale la recidiva.

§ 80. *Diritto vigente.*

La nostra legge del 1819 ha tradotto letteralmente il pronunciato dell'articolo 65 del Codice del 1812 vietando al Giudice scusare il reato o mitigare la pena fuori dei casi espressamente preveduti dalla legge stessa (4). Onde essa riconosce come scusa la *scusa legale* di cui si fa parola nel trattato dei vari reati e segnatamente in quello dei reati di sangue. Ma oltre la scusa legale ritiene pure, sebbene in angusti confini, il principio delle circostanzo attenuanti, come il dettano le disposizioni su' reati patrimoniali modici che non oltrepassano il valore di tre ducati, e l'ul-

(1) Const. *cum universis*. — Pragm. 2 *de furtis*.

(2) « Rendono qualificato un delitto le sole circostanze aggravanti prevedute dalla legge, e queste circostanze possono esser tratte dalla cagione del delitto, dalle qualità delle persone, dalle qualità delle cose, dai mezzi, dal tempo, dal luogo, dalla quantità, dal successo (art. 14) ».

(3) Art. 70, 71.

(4) Art. 63. LL. PP.

tima disposizione del Codice Penale vigente che nei casi nei quali le presenti leggi stabiliscono la pena del primo grado di prigionia il giudice se nel delitto troverà circostanze attenuanti del dolo discenderà alle pene di polizia (1). E d'altro canto la legge del 1819 istituisce la *qualifica* come aggravamento legale; e di essa fa menzione altresì nelle singole specie dei reati — Solo restringesi nella parte generale alla ripetizione del maleficio come ad aggravamento personale ed all' età minore come ad attenuamento personale del reato; delle quali due cose egli è duopo tenere apposito discorso.

§ 81. *Continuazione* — 1) *Della ripetizione del maleficio* (2).

Il carattere proprio della nostra legge vigente sulla *perseveratio delinquentis* sta nello aver riconosciuto il valore di una interna gradazione di questo rinnovamento del maleficio. Imperocchè non può volgersi in dubbio che maggiore avversione al Diritto mostra colui che ripete la sua violazione dopo aver soggiaciuto ad una condanna per la prima, che non fa colui il quale non è stato per anco punito del primo maleficio. La legge movendo dalla nozione di una condanna irrevocabile passata in giudicato statuisce che debba tenersi come *recidivo* colui che irrevocabilmente condannato ricade nel reato, statuisce che debba tenersi come *reiteratore* colui che ricade nel reato senza essere stato condannato per il primo reato. La quale distinzione fermata veniamo ad enunciare le regole che governano ciascuna di queste due circostanze personali e ciò che ad entrambe è comune.

A. Della Recidiva. I. Il fondamento della recidiva è la precedente condanna. Ma la legge ha voluto insin da questo momento speci-

(1) LL. PP. art. 468.

(2) *De Wendt* De delictis recidivis (Erlang. 1824, in 4°) — *Gilkinit* De recidiva (Leod. 1823) — *Schuyll-Vanderdoess* Diss. de pluribus ab eodem commissis criminibus imprimis vero de crimine quod repetitum dicitur (Traj. ad Rhen. 1826) — *Nypels* Diss. de delictis recidivis (Lov. 1828) — *Van den Bülke* De relapsu in maleficium (Gandav. 1829, 4°) — *De Buchler* Observationes de delictis reiteratis puniendis (Tub. 1829, 8°) — Dissertazioni nel Nuovo Archivio di Diritto Criminale (ted.): *Schelhass* (II, 578); *Geslerding* (V, 479); *Hobbach* (IX, 200); *Scheurlen* (IX, 648); *Mittermaier* (XIV, 115); e nello Archivio Nuova Serie (ted.) Diss. di *Abegg* (Anno 1834, p. 415) — Bonneville De la récidive (Paris 1841, in 8°).

ficare che cosa abbiasi ad intendere per condanna, cioè un giudicato col quale trovasi contro un individuo profferita una pena *irrevocabilmente* in modo che se ne renda legale l'esecuzione (1). E di quì sorgono due pronunciati: 1) Le condanne criminali profferite in contumacia essendo revocabili giusta l'art. 475 delle Leggi di Proc. Penale, a differenza dalle condanne contumaciali in materia di delitti e contravvenzioni, non hanno l'efficacia di imprimere la nota di recidivo nel condannato che ripete il maleficio. — 2) Le condanne profferite in paese straniero non essendo rivestite del diritto di legale esecuzione nel territorio non possono imprimere nemmeno la nota della recidiva nella ripetizione del maleficio (2).

II. La recidiva poi si manifesta per quattro modi: *a)* recidiva da misfatto a misfatto — *b)* recidiva da misfatto a delitto — *c)* recidiva da delitto a delitto — *d)* recidiva da contravvenzione a contravvenzione. — E la legge esaspera con diversa intensità queste quattro forme di recidiva. Così 1.° la legge esaspera di un grado la recidiva da misfatto a misfatto, vietando che per aumento si passi alla pena di morte (3). Se non che per il condannato all'ergastolo e per colui che trovasi ad espiar nell'ergastolo la pena dei ferri vuole che il ricadere in reato punibile col 2.° grado dei ferri sia punito con la morte (4), dove che il ricadere in reato punibile con pena minore dà luogo ad una punizione disciplinare (5). Per gli altri reati la legge dispone il cumulo delle pene nel caso che la prima pena non sia per anco espiata e se l'unione delle pene importi la durata di oltre trent'anni della pena dei ferri, questa pena debbe espiarsi nell'ergastolo (6), 2.° La pena del recidivo da misfatto a delitto o da delitto a delitto è il *maximum* della pena del secondo reato, la quale potrà

(1) Art. 78 LL. PP.

(2) Arresti della S. C. di Giust. del 10 e del 18 Dic. 1819 nelle cause di Raff. Villano e Domenico Voccia.

(3) Art. 79 LL. PP.

(4) Art. 81 — Ma il condannato ad espiar la pena temporanea nell'ergastolo se divien recidivo dopo il termine medesimo rientra nella regola generale della esasperazione di un grado giusto il 2.° comm. di questo art.

(5) Decreto dei 9 marzo 1835.

(6) Art. 80 LL. PP. e Rescritto dei 17 Settembre 1836.

pure essere duplicata; e la nuova pena dee cumularsi con la prima se questa non è ancora espiata (1). — 3.° La recidiva infine da contravvenzione a contravvenzione ha luogo quando non intercedono più di sei mesi dalla condanna per la prima contravvenzione alla seconda; ed in tal caso la pena della seconda sarà elevata al *maximum* e potrà benanche essere duplicata (2).

III. Ma a distinguere queste forme di recidiva non basta il reato; egli è duopo tener l'occhio alla pena; imperocchè spesso un misfatto è punito con pena correzionale, spesso un delitto è punito con pena di polizia, quando concorrano circostanze che la legge pone come minoranti. Epperò la recidiva in misfatto ha luogo quando il condannato per misfatto a *pena criminale* ricada in un misfatto *anche punito con pena criminale;* e la recidiva da misfatto a delitto si avvera quando siasi condannato per misfatto *a pena criminale* e si ricada nel delitto (3).

B. Della Reiterazione. I. A discernere la reiterazione egli è duopo discernere tre specie di reato: il reato successivo, il reato complesso, il reato reiterato. Il *reato successivo* è quello che non si manifesta in un solo atto ma in una serie di momenti, o per meglio dire consiste in una ripetizione di atti simili fra loro, come a grazia d'esempio il fare uso di un falso testamento per atto pubblico prima contro uno degli eredi poscia contro altri eredi, poscia contro i debitori del defunto, nel che non si ha altro che la ripetizione di un solo e medesimo fatto. Il *reato complesso* è quello dove si compiono atti dissimili tra loro ma tra loro congiunti nella coscienza del delinquente perchè l'uno è mezzo necessario all'altro, sicchè formano un solo e medesimo reato; e questo si avvera per cagion d'esempio allorquando un individuo avendo fermato seco stesso di commettere furto uccida colui che si sforzi ad impedirne la consumazione; nel che l'uno dei due reati diviene il reato principale e l'altro una qualifica del medesimo (omicidio per cagione di stupro; furto accompagnato da omicidio e simili casi). Il *reato reiterato* si ha quando gli atti

(1) Art. 82 LL. PP.
(2) Art. 83 LL. PP.
(3) Rescritto dei 3 Agosto 1850.

sono dissimili e slegati tra loro in maniera che ciascuno di essi sia punibile come un reato per sè stesso, e non sono unificati nella coscienza dell'agente come mezzi per compiere un solo reato, il che per cagion d'esempio si appalesa allorquando prima si commetta il furto di un dato oggetto in danno di un dato proprietario ed in luogo e tempo diverso si commette altro furto in danno del medesimo proprietario. In quest'ultimo caso si ha la pura *reiterazione del reato*.

II. Intanto la legge nostra esige una condizione perchè si abbia la reiterazione legalmente punibile come tale, cioè una certa analogia non nella qualità dei reati ma nella loro intensità; e questa analogia è fondata sulla tripartizione dei reati in misfatti delitti e contravvenzioni; sicchè vien riconosciuta o la *reiterazione di misfatto* o la *reiterazione di delitto* o la *reiterazione di contravvenzione* (1). Fuori di questi casi non vi ha reiterazione; e la conseguenza giuridica è che il reato maggiore assorbe nella sua punizione il reato minore. Così il colpevole di misfatto che commette delitto vien punito del solo misfatto, ed il colpevole di delitto che commette contravvenzione vien punito del solo delitto (*pœna major absorbet minorem*). Per colui che da misfatto ricade in misfatto, da delitto in delitto, da contravvenzione in contravvenzione la legge sostituisce pure al cumulo della pena l'assorbimento della pena minore nella pena maggiore ma avvisa come circostanza aggravante *ex personarum conditione* questa ripetizione di maleficio.

III. La reiterazione dà luogo ad una gradazione a seconda che si tratti di due reati ovvero di più di due reati. Epperò: 1.° il reiteratore di due misfatti è punito con la pena del misfatto più grave applicata nel massimo del grado; e se la reiterazione è di più di due misfatti la pena del reato più grave è esasperata di un grado senza potersi giungere alla pena di morte (2). — 2.° Il reiteratore di due delitti o di due contravvenzioni soggiacerà al cumulo delle pene di ciascun reato purchè non si ecceda il massimo della pena pel reato maggiore; e pel reiteratore di più di

(1) Art. 85 LL. PP.
(2) Art. 86 LL. PP.

due delitti o di più di due contravvenzioni, vi ha luogo a cumulo sino al doppio del *maximum* della pena del reato maggiore (1).

C. Egli è mestieri mentovare finalmente un pronunciato comune alla recidiva ed alla reiterazione il quale nasce dall' eccezione al divieto di retroattività della legge penale, cioè che qualunque disposizione sovrana che cancella un' azione dalla classe dei reati e ne abolisce per regola generale la pena toglie di dritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna, e chi ne è favorito benchè in seguito commetta un reato non sarà riputato nè recidivo nè reiteratore (2).

§ 82. *Continuazione — 2) Dell' età minore.*

La legge all'età di nove anni compiuti pone come presunzione la semplice possibilità del dolo astratto o generale; ed agli anni quattordici compiuti pone come presunzione la realità di questo dolo astratto epperò la imputabilità dell'essere operante. E procedendo a regolare la punizione dell' età giovanile distingue due periodi.

I. L' età dai nove ai quattordici anni quando sia certo che il giovinetto operò con discernimento produce i seguenti effetti: 1.° la massima pena cui si può soggiacere è la reclusione nella casa di correzione che vien sostituita a tutte le pene più gravi a cominciare dal 3.° grado dei ferri; 2.° alle pene criminali inferiori dee sostituirsi la pena del 1.° al 2.° grado di prigionia, 3.° alle pene correzionali debbono sostituirsi le pene di polizia (3).

II. L' età dai quattordici anni compiuti sino ai diciotto compiuti ha per effetto 1.° che la massima pena è il 3.° grado dei ferri nel presidio sostituito a tutte le pene maggiori, tranne per il parricida che a 16 anni è punibile di morte come i maggiorenni; 2.° che le altre pene criminali inferiori si diminuiscono di uno a due gradi e i ferri si espiano sempre al presidio; 3.° che le pene correzionali si diminuiscono pure di uno a due gradi giusta la benigna interpetrazione della giurisprudenza (4).

(1) Art. 87, 88 LL. PP.
(2) Art. 91 LL. PP.
(3) Art. 65 LL. PP.
(4) Art. 66 LL. PP. — ed Arresto della S. C. di Giust. del 17 Luglio 1850 nella causa di Luigi Giallanello.

LIBRO TERZO

DELLA PENA (*)

—

§ 83. *Avvertenza preliminare.*

Nella Propedeutica (§ 22) noi abbiamo data una esposizione razionale intorno l' indole della pena, il suo scopo, le sue condizioni, la sua efficacia. Ora atteso lo scopo cui questo Trattato è

(*) *Gobler* Diss. in Tit. Pand. de poenis (Marb. 1579) — *Duret* Traité des peines e. des amendes (Lyon 1573, 8°) — *Forster* De poenis (Marb. 1579)— *Saur* Fasciculus de poenis (Francof. 1581 fol.) — *Vulteius* De poenis (Marb. 1589) — *Stromer* De generalibus poenarum (Basil. 1595) — *Bats*. De poenis criminalibus (Basil. 1600) — *Althusius* Tractatus III de poenis (Cassellis 1611, 4°) — *Polycarius* De poenis (Lips. 1615) — *Besold* De poenis variorum delictorum (Tub. 1621) — *Locamer* De poenis (Argent. 1623) —*Reuter* De poenis (Viteb. 1624) — *Herdesianus* De jure natura et differentiis poenarum (Francof. 1626) —*Schwendendörfer* De poenis (Lips. 1627) —*Boxhorn* De poenis (Amst. 1645) —*Ludwell* De poenis (Alt. 1653) —*Schacher* De poenis (Lips. 1654) — *Ludolf* De poenis delictorum (Alt. 1660) — *Rachel* De poenis (Helmst. 1661) — *Lipsdorp* De poenis (Upsal. 1665) — *Bœcler* Repet. tit. Dig. de poenis et C. (Lips. 1669)—*Schwendendörfer* De poenis (Lips. 1669) — *Ziegler* D. de poenis (Viteb. 1674) — *Pisetzki* De castigationibus et poenis (Lips. 1675) — *Bardili* De poenis (Tub. 1683) — *Franckenstein* De poenarum subjecto (Basil. 1684) — *Below* De poenis (Viteb. 1690)—*Bredehof* De poenis (Ultraj, 2692) — *Schimmelpennink* De poenis (Lugd. Bat. 1694)— *Vanderduffen* De poenis (Lugd. Bat. 1704) — *Mathiosen* De poenis (Lugd. Bat. 1712) — *Gentzken* De jure divino circa poenas (Kil 1712)— *Keetlaer* De poenis (Lugd. Bat. 1713)—*Rücker* De poenis (Francof. 1718)—*Van Geruen* De poenis (L. Bet. 1719)—*Alefeld* De natura poenarum humanarum (Giess. 1724) — *Van Ruster* De poenis (Ulbras. 1724) — *Iselin* De poenis jure naturali licitis vel illicitis (Basil. 1738) —*Scheidlin* De poenis delictorum (Aug. Vind. 1740) — *D' Anthes* De poenis (Arg. 1751) —*De Holtze* De natura poenarum (Traj. ad Rhen. 1754)—*Gutwasser* De poenis eorumque modis (Lips. 1785) — *Gutjahr* Pena e punizione (ted. Lips. 1800) — *Grüner* Saggio sulle pene (ted. Gött. 1799) — *Triller* De poenis (Viteb. 1791) — *Natale* Intorno l' efficacia e necessità delle pene — *Bothmer* L' idea della pena (ted. Berl. 1808) — *Bentham* Théorie des peines et des récompenses (Par. 1826)— *Marcucci* Della legittimità positiva e negativa delle pene (Lugano 1835, 8°) — *Alauzet* Essai sur les peines (Paris 1842).

indiritto di esporre sistematicamente la penalità generale del Diritto patrio per il bisogno della pratica noi stimiamo opera superflua il venirci impigliando in discussioni scientifiche sulla legittimità dei vari generi di pene. Epperò ci limitiamo nei confini delle nozioni storiche e positive; e con questa limitazione esporremo in tre capi distinti:

1) l' indole della pena secondo i nostri instituti;

2) il nostro sistema penale;

3) l' efficacia di alcune pene sovra i diritti civili e politici degli uomini.

CAPO PRIMO

Dell' indole della pena.

§ 84. *Nozioni generali sull' indole della pena.*

Il Diritto positivo non ha una diffinizione della pena ma appunto perciò la scienza dee sopperirvi. Ulpiano diffinì la pena *noxae vindicta;* il che esprime incompiutamente la pena enunciando solo la sua proprietà di riparare il disordine del maleficio. La pena in sè, come dicemmo altrove, è la ritorsione del Diritto violato contro la individualità del delinquente. Questa definizione vuol essere integrata per rispondere alle esigenze del Diritto positivo; epperò dal beninsieme dei nostri instituti si può ricavare la definizione seguente della pena; cioè che essa è *quella lesione che la Sovranità giuridica fa cadere su l' autore di un fatto che dalla legge è considerato siccome reato.*

A questa diffinizione si rannodano i pronunciati seguenti:

I. La pena è una lesione ai diritti dell' individuo, e consiste nel *pati quiddam;* onde il suo contenuto ha la nota essenziale di una privazione più o meno grave, epperò dee cadere sovra un essere non pure dotato d'individualità fisica, ma di individualità morale perchè senta nella sua coscienza l' efficacia della giustizia punitrice.

II. Lo scopo della pena secondo le nostre leggi è triplice e trae la sua varietà dalle tre categorie fondamentali della violazione del Diritto; imperocchè nei gravi reati essa ha per iscopo precipuo l'intimidare con l'esempio, nei reati lievi ha per iscopo precipuo l' emendare , e ne' lievissimi falli che contravvengono agli ordinamenti di polizia ha per iscopo precipuo l' antivenire quei fatti che possono ingenerare mali maggiori. Nel che si fonda il pronunciato dell'art. 1 delle LL. PP. che ogni reato sarà punito con pene *criminali* o *correzionali* o di *polizia*.

III. L' essenza intanto della penalità richiede secondo la nostra legge l' osservanza di una giustizia rigorosa, epperò il legislatore protesta innanzi a tutte le coscienze che la pena non è arbitrariamente determinata, ma accomodata secondo una legge di proporzione ai singoli reati ; e ciò si appalesa dalle parole dell' art. 1 : ogni reato sarà punito *secondo la sua natura*. Ond' è che poi si studia il legislatore di stabilire due scale parallele,l'una dei malefizi e l' altra delle pene, designando la qualità e l' intensità della pena a seconda della qualità e della intensità del malefizio.

IV. Posto che la legge penale debbe essere attuata come prima sia certo il reato nella sua sostanzialità obbiettiva e nella subbiettività del suo autore, conseguenza necessaria ed inevitabile della apparizione del reato è l' apparizione della pena. *Ogni reato sarà punito ;* è questo il comando che rampolla dal primo articolo delle Leggi Penali.

V. Intanto perchè nessuno può esser privo dei suoi diritti se non in forza di un pronunciato irrevocabile dell' autorità giudiciaria dello Stato, la pena non può cadere sovra l' individuo , se non in forza di un giudicato. Ogni altro atto della società giuridica o dell' individuo che soggettasse taluno alla espiazione di una pena sarebbe conculcazione del Diritto ; il che vien chiaramente fermato dalla Legge Organica del 1817.

VI. Ma la pena non è abbandonata all' arbitrio del giudice il quale è solo l' organo passivo della legge penale. Secondo l' art. 200 della Legge Organica i giudici, nelle materie criminali, correzionali, o di polizia non possono infliggere altre pene che quelle dalla legge fermate e nei casi espressi dalla legge medesima ; e

l' art. 63 aggiunge non potersi da parte del giudice mitigare la pena fuori dei casi espressamente enunciati nella legge. Solo allorchè trattasi di pene diverse dalla pena capitale e dalla pena perpetua la legge per rispetto alla durata lascia al giudice una latitudine segnando i confini di un massimo e di un minimo entro i quali egli può aggirarsi per attemperar la pena alle varie contingenze individuali di ciascun reato.

VII. La pena poi che è fissata dalla legge e che dee dal giudice essere applicata è uguale per tutti in virtù del principio dell'eguaglianza giuridica consecrato negli instituti della civiltà moderna, senza distinzione di ceto nè di uffici salvo talune eccezioni di lieve importanza a rispetto di talune pene rigide in loro stesse, eccezioni dettate da una commiserazione che si radica nella debolezza corporea di alcuni esseri come sono le donne ed i vecchi (*propter infirmitatem corporis*).

VIII. La pena è nella nostra legge esclusivamente ristretta alla persona del delinquente. Le instituzioni del passato, per le quali ai figliuoli innocenti si faceva espiare le colpe dei genitori con la formola: *eis sit mors solatium sit vita supplicium*, sono state abolite dalle nostre leggi, onde con esse è sparito quel mostruoso instituto della pubblicazione dei beni o confisca per cui sugli innocenti figliuoli cadeano le conseguenze del malefizio del padre (art. 3 LL. PP.).

IX. Ancora la punizione essendo una lesione che proviene dalla Sovranità dello Stato non può abbracciare ciò che dallo Stato non dipende ma dalle convinzioni che si stampano nella coscienza degli uomini; epperò non può essere dispensatrice di infamia; onde quell' infamia delle pene che contaminò le instituzioni passate è stata interamente dalla nostra legge posta nel nulla con quell'aurea sentenza: *Nessuna pena è infamante* (art. 2).

X. Finalmente la pena dev'esser pubblica perchè operi sulla coscienza sociale. Così la pena di morte debbe in pubblico luogo eseguirsi (art. 5); e tutte le condanne criminali debbono essere affisse nel luogo ove sono state pronunziate, nel luogo del reato; in quello della esecuzione ed in quelli del domicilio del reo e del domicilio degli offesi o danneggiati (art. 20 LL. PP.).

CAPO SECONDO

Del sistema penale.

§ 85. *Nozioni storiche.*

Nel Diritto Romano noi troviamo cinque specie di pene usitate ai tempi di Giustiniano; 1) la pena di morte (*pœna capitis extremum supplicium*) espiata in vari modi e sotto gl' imperatori principalmente con la decollazione (*gladius*) con la forca o col fuoco; 2) le pene corporali cioè lo *stigma* o marchio e la correzione corporea distinta in *fustigatio* o *flagellatio*; 3) le pene di privazione della libertà cioè l'*opus publicum*, lavoro forzoso, diramato in varie specie (*metalla*, *opus metalli*, *gladium ludiludum gladiatorium*, *condemnatio ad bestias*, *ludum venatorium*), la prigione (*carcer*, *vincula*) e l'esilio derivato dall'antica *aquae et ignis interdictio* e suddiviso in *deportatio in insulam* e *relegatio*; 4) le pene patrimoniali cioè la *mulcta* e la *bonorum publicatio* che era o parziale o totale; 5) le pene infamanti come a dire la dichiarazione di *improbus* ed *intestabilis*, l'*ignominia ex edicto Praetoris* o *infamia*, ed altre degradazioni espulsioni ed interdizioni. A ciò si aggiungnevano le *poenae arbitrariae*; nè vuolsi trasandare che di queste pene alcune erano applicabili agli *honestiores*, altre agli *humiliores* (1).

Nell'antico Diritto del Regno rimasero le pene romane come supplemento alle pene aggiunte dalle leggi posteriori giusta la Prammatica I *de pœnis*; e le leggi patrie accrebbero anzi che scemare il rigore delle pene romane; imperocchè Federico aggiunse ai supplizi quello delle cappe di piombo a liquefarsi che poscia cadde in desuetudine, e per l'influenza delle leggi barbare moltiplicò le mutilazioni con recisione di lingua, di naso, di mano, di orecchi. Alla decollazione ed alla forca si aggiunse la ruota; e i tratti di corda alle pene corporali; le triremi o galee furono so-

(1) V. i Titoli *de pœnis* del Digesto e del Codice a *Rein* Diritto Crim. dei Romani).

stituite alla pena romana de'metalli; e vi si aggiunse il *presidio*. Oltre a ciò si porsero, benchè sempre più limitate, le composizioni e le transazioni pecuniarie; e si conservò la tradizione romana delle pene arbitrarie e della distinzione delle pene in quelle destinate per i nobili, e quelle riserbate ai plebei come più dure (1).

Quando la riforma del sistema penale cominciò in Europa apparvero fra noi le due leggi del 1808 a togliere di mezzo compiutamente le composizioni e le transazioni, non che le pene arbitrarie e la distinzione dei ceti nell'applicazione delle medesime, ed a mitigare l'asprezza del sistema penale, onde si distese l'elenco delle pene legali a cominciar dalla morte sino alle pene di polizia. E finalmente il Codice del 1812 seguitò l'opera incominciata classificando le pene in *criminali*, *correzionali e di polizia* per rispondere alla sua tripartizione dei malefizi. Se non che le pene infamanti perdurarono fino alle leggi attuali, onde il marchio, la gogna, l'infamia di diritto; e vi si aggiunse pure la pena della confisca.

§ 86. *Sistema penale vigente.*

Il legislatore innanzi tutto dichiara, come proemio alla enumerazione delle pene, che tutte le pene nelle antiche leggi ordinate sono abolite e che sole pene son quelle espressamente enucleate nella legge (2). Queste pene sono poi esposte nella duplice forma della classificazione e della gradazione. E noi perciò dividiamo questa esposizione in due parti cioè enunciazione delle varie pene e gradazione legale per procedere alla loro esasperazione o mitigazione.

§ 87. *Continuazione. — I. Enunciazione delle pene.*

Tre categorie principali ferma la nostra legge, cioè *a*) le pene criminali, *b*) le pene correzionali, *c*) le pene di polizia. Ed a queste poi aggiugne *d*) le pene miste, comuni a più generi.

(1) *Briganti* Pratica Criminale Tit. XV. — *Maradei* De poenis delictorum, n. 248 — *Caravita* Inst. Crim. Lib. IV § 1.
(1) Art. 3 LL. PP.

A. PENE CRIMINALI (art. 3 a 20 LL. PP.). 1) La *morte* eseguita con la decapitazione o col laccio sulle forche (1) sempre in luogo pubblico e nei casi espressi dalla legge con modi speciali di pubblico esempio che l'art. 6 enuncia come gradi (2).

2) L'*ergastolo* o reclusione perpetua nel forte di un isola secondo i regolamenti (3).

3) La *pena dei ferri* che sottopone il condannato a fatiche penose in profitto dello Stato (4). Questa pena è di due specie: il *bagno* ed il *presidio*, la prima più, la seconda men rigorosa (5). Nel bagno i condannati trascinano a' piedi una catena o soli o uniti a due secondo la natura del lavoro cui verranno addetti; il presidio si espia sottoponendosi i condannati a'lavori interni di un forte con cerchio di ferro nella gamba destra secondo i regolamenti (6). Ma entrambe le specie son divise per la durata in quattro gradi: il primo da sette a dodici anni, il secondo da tredici a diciotto, il terzo da diciannove a ventiquattro, il quarto da venticinque a trenta (7).

4) La *reclusione* da sei a dieci anni in una casa di forza con la-

(1) Quando la legge non parla espressamente del laccio sulle forche la pena vuole essere espiata con la decapitazione. Ma la pena di morte si esegue con la *fucilazione* quando la condanna sia fatta da una Commissione militare o dai Consigli di guerra ne' casi stabiliti dallo *Statuto Penale militare*, tranne il caso di condanna a morte a cagione di insubordinazione per via di fatto che tolga di vita il superiore, la quale pel Decreto dei 23 Gennaio 1842 si espia col laccio sulle forche, o nella impossibilità di tale esecuzione con la fucilazione del reo alle spalle come *infame*.

(2) I gradi di pubblico esempio sono: 1.° esecuzione della pena nel luogo del commesso misfatto o in luogo vicino — 2.° trasporto del condannato nel luogo della esecuzione a piedi nudi, vestito di giallo con cartello in petto a lettere cubitali indicanti il misfatto — 3.° trasporto del condannato nel luogo della esecuzione a piedi nudi, vestito di nero e con un velo nero che gli ricopra il volto — 4.° trasporto del condannato come pel terzo grado, e trascinato su di una tavola con picciole ruote al di sotto e con cartello in petto in cui sia scritto a lettere cubitali: l'*uomo empio* (art. 6 LL. PP.).

(3) Le donne espiano l'ergastolo nella casa di reclusione.

(4) Per gli stranieri il bando dal regno dopo la pena (art. 19 LL. PP.).

(5) La pena dei ferri verrà espiata nel presidio ne' soli casi ove la legge lo additi espressamente.

(6) Le donne e i vecchi settagenari espiano la pena dei ferri in una casa di reclusione (art. 10, 68 LL. PP.) — Gli ecclesiastici debbono espiare la pena dei ferri nelle prigioni o nei castelli, giusta il Rescritto dei 22 Luglio 1815.

(7) Il Rescritto dei 30 Marzo 1825 dispone che si riduca di un quarto la pena dei ferri al presidio quando è espiata nelle prigioni centrali. — E il Decreto dei 27 Marzo 1828 diminuisce di un terzo la pena dei ferri ai forzati addetti a lavorare nelle Reali Delizie o in altre opere pubbliche.

vori il cui prodotto può essere adoperato in parte a profitto dei condannati (1).

5) La *relegazione* da sei a dieci anni che si espia col trasporto in un isola (2) per rimanervi libero durante il corso della condanna (3).

6) L'*esilio* dal regno, *perpetuo*, o *temporaneo* da cinque a venti anni, il quale consiste nel trasporto del condannato fuori del territorio del regno senza potervi rientrare durante la pena (4).

7) L' *interdizione dai pubblici ufizi* che consiste nella esclusione del condannato da ogni funzione o impiego pubblico e nella incapacità di essere tutore o curatore tranne pe'suoi figliuoli e col voto del consiglio di famiglia (5).

8) L' *interdizione patrimoniale* ovvero divieto di amministrare il proprio patrimonio, la cui amministrazione verrà regolata secondo le norme delle *leggi civili* per le persone interdette (6).

B. PENE CORREZIONALI (art. 21 a 28). 1) La *prigionia* in una casa di correzione con tre gradi cioè da un mese a sei mesi, da sette mesi a due anni, da venticinque mesi a cinque anni, e con l' obbligo del lavoro a scelta del condannato, mentre il prodotto del medesimo è addetto a ristorare i danni del delitto, alle spese comuni della casa, ed a procacciare qualche sollievo al condan-

(1) I condannati alla reclusione possono essere adoperati a nettar le strade (Rescritto dei 12 Agosto 1826). Per gli stranieri il bando dal Regno dopo la pena (art. 19).

(2) La relegazione espiata nel carcere si calcola raddoppiandosi il tempo a favore del condannato giusta il Decreto de' 4 Agosto 1825 — Le donne poi debbono espiare in carcere la relegazione godendo la diminuzione della metà giusta il Rescritto dei 28 Ottobre 1835.

(3) In caso di trasgressione il tempo che rimane della relegazione si converte in altrettanto tempo di reclusione.

(4) In caso di trasgressione dell' esilio temporaneo questa pena sarà convertita in altrettanto tempo di relegazione; ma se la durata dell' esilio temporaneo che rimaneva ad espiare fosse maggiore di dieci anni, dopo la relegazione, pel rimanente si espierà il resto dell' esilio temporaneo. E quando siavi trasgressione dell' esilio perpetuo, il reo sarà condannato alla reclusione ed espiata questa pena tornerà all' esilio perpetuo.

(5) Questa pena oltre ad essere un genere di punizione per sè stessa è pena accessoria di altre pene perchè la condanna ai ferri (nel bagno o nel presidio) e la reclusione portan seco la perpetua interdizione da'pubblici ufizi (art. 17), e la condanna alla relegazione porta seco l' interdizione dai pubblici ufizi per altrettanto tempo dopo espiata la pena per quanto è durata (art. 18).

(6) L'interdizione patrimoniale è una pena accessoria che viene aggiunta alla pena dei ferri ed alla reclusione durante la loro espiazione.

nato e formargli un fondo di riserva dopo espiata la pena (1).

2) Il *confino* co' medesimi tre gradi di durata della prigionìa, e consistente nel prescrivere al condannato di abitare in un dato comune nello ambito della propria provincia o valle, almeno sei miglia lungi dal comune del proprio domicilio e da quello del delitto commesso (2).

3) L' *esilio correzionale* o allontanamento dal proprio distretto scegliendosi un Comune lontano almeno sei miglia da quello del proprio domicilio, da quello del commesso delitto e da quello degli offesi o danneggiati, co' medesimi tre gradi della prigionìa (3).

4) L' interdizione temporanea da due mesi a cinque anni di uno o più dei seguenti diritti: 1.° di voto o di elezione, 2.° di eligibilità a funzioni o impieghi pubblici, 3.° dell' esercizio dei medesimi; 4.° di un arte o mestiere; 5.° di ottenere licenza di portare armi; 6.° di accesso in alcuni luoghi; 7.° di essere adoperato come perito ne' giudizi penali; 8.° di voto e suffragio nelle deliberazioni del Consiglio di famiglia; 9.° di esser tutore o curatore, tranne dei propri figli concorrendovi il parere del Consiglio di famiglia. La qual pena può essere pure aggiunta dal giudice alle prime tre, e dee sempre esservi aggiunta quando il reato siasi commesso o abusando del diritto civico o dell'arte o del mestiere o brigando per ottenere una qualche elezione.

C. PENE DI POLIZIA (art. 36 a 39). 1) La *detenzione* da uno a ventinove giorni nello stesso luogo e nella stessa forma della prigionìa.

2) Il *mandato in casa* da tre a ventinove giorni che in caso di trasgressione si converte in detenzione.

3) L' *ammenda di polizia* da cinque a ventinove carlini e per le città di Napoli, Palermo, Messina (4) col *maximum* di carlini cinquantanove.

D. PENE MISTE. 1.° *Pene comuni alla giustizia criminale e cor-*

(1) I condannati alla prigionìa possono esser pure adoperati a nettar le strade (Rescritto dei 12 Agosto 1826).
(2) In caso di trasgressione il confino si converte in prigionìa.
(3) In caso di tragressione l' esilio si converte in prigionìa.
(4) Anche per la città di Catania (Decreto del 20 Agosto 1840).

rezionale (art. 29 a 35). *a)* L'ammenda pena accessoria nelle materie criminali, e pena correzionale il cui minimo è ducati tre, e per le città di Napoli Palermo Messina ducati sei, il cui massimo è fissato dalla legge ne' vari casi, ma come *ammenda correzionale* è di ducati cento. — *b)* La *malleverìa* da tre a dieci anni che obbliga ad una somma di sicurtà da cento a cinquemila ducati, la quale non può esigersi se non per misfatto o delitto durante la malleverìa (1). Questa pena deve essere aggiunta alla reclusione ed ai ferri anche nel presidio e a tutte le condanne per reati contro lo Stato.

2.° *Pene comuni alla giustizia correzionale o di polizia* (art. 40 a 43). — *a)* La *pubblica riprensione* per organo del Magistrato come pena accessoria. — *b)* Le *cauzioni di buona condotta* con *pleggerie* analoghe alle ammende.

3.° *Pena comune ai tre ordini della penalità* è la *confiscazione* del *corpo del delitto* o degli istrumenti che han servito o eran destinati a commetterlo quando la proprietà ne appartenga al condannato.

§ 88. *Continuazione. — II. Gradazione delle pene.*

La legge stessa ha fissato i modi del discendere e del salire dall' una pena all' altra. *A.* Come diminuzione è fissata la gradazione seguente : morte, ergastolo, quarto grado di ferri, terzo grado, secondo grado, primo grado, reclusione, relegazione, prigionìa o confisco, esilio correzionale o altra pena di polizia. Per le altre pene la gradazione discensiva è duplice, cioè : 1) esilio perpetuo, esilio temporaneo, confino o esilio correzionale, pene di polizia, esclusa la detenzione; 2) interdizione dei pubblici ufizi, interdizione a tempo o esilio correzionale, ammenda correzionale, pene di polizia esclusa la detenzione. *B.* Come esasperazione la gradazione ascensiva è designata in questa forma: primo, secondo, terzo grado di prigionìa, relegazione, reclusione, primo, secondo, terzo, quarto grado dei ferri, ergastolo, morte. E per le pene diverse da queste i gradi ascendono nel modo se-

(1) Art. 32, 33 LL. PP.

guente : 1) interdizione temporanea dai pubblici ufizi, interdizione perpetua, relegazione e così progredendo successivamente con l'aggiunta della interdizione perpetua ; — 2) esilio temporaneo dal regno, esilio perpetuo, primo grado di presidio e così progredendo con l'aggiunta dell'esilio perpetuo ; — 3) confino o esilio correzionale, prigionia nello stesso grado della pena precedente, e così progredendo; — 4) interdizione a tempo o ammenda correzionale, primo grado di confino, e così progredendo con l'aggiunta dell'interdizione a tempo o dell'ammenda correzionale (1). Alle quali disposizioni la legge aggiugne quella che dalle pene di polizia non si può ascendere alle pene superiori senza una disposizione di legge in ciascun caso particolare.

CAPO TERZO

Della efficacia delle pene sulla capacità giuridica.

§ 89. *Nozione fondamentale.*

Il Diritto è come un'atmosfera che involge sempre e necessariamente la esistenza umana anche quando l'uomo si solleva contro esso e lo infrange. La punizione dell'uomo non altramente è opera giusta della società umana che come una ritorsione esercitata sul delinquente a nome del Diritto. Epperò la punizione non può mai disconoscere nell'uomo l'attitudine ad esser subbietto giuridico, chè anzi il delinquente soggiacendo alla pena del suo reato ha il *suum jus*, ha ciò che il Diritto a lui attribuisce. Onde è che i legislatori possono come pena accessoria o principale instituire la privazione di alcuni diritti, lasciando intatta la personalità giuridica dell'uomo la quale è inviolabile e sacra. E da ciò si raccoglie: 1) che i diritti dell'uomo e segnatamente i suoi diritti patrimoniali possono esser soggetti a restrizione, 2) che questa restrizione non può mai cadere sulla capacità ma sullo esercizio di siffatti diritti.

(1) Art. 55, 56, 57, 58 LL. PP.

§ 90. *Nozioni storiche.*

La capacità giuridica appo i Romani emanava dal principio dello Stato, onde la legge dava e toglieva quella pienezza dei diritti che facendo dell' *homo* una *persona* prendea nome di *caput*. Di quì le tre specie di privazioni di diritti si originarono, nelle quali consistea la *capitis minutio*. E di quì prese nascimento la distinzione delle pene in *capitales* e *nec capitales*. *Poena capitalis* era quella che traeva seco la *maxima* o la *media minutio capitis*. La *maxima minutio capitis* cioè perdita della *libertas*, e della *civitas* con essa, ingenerava la *servitus poenae*, cui si applicava il pronunciato: *servile caput nullum jus habet* (1). La *media* era semplice perdita della *civitas*, sicchè restava l' uomo come *peregrinus* epperò *liber* (2). La prima nascea dalle condanne all' estremo supplizio o *ad metalla* o *ad bestias*, ovvero dalla pena della interdizione dell'acqua e del fuoco (3). L'altra era una conseguenza della *damnatio ad opus publicum perpetuo* ovvero della *deportatio in insulam*. Ma Giustiniano volle togliere la *servitus poenae*, per effetto delle miti tendenze del dogma cristiano; onde con apposita Novella ingiunse *nullum ab initio bene natorum ex supplicio fieri servum* (4). Le altre pene poi a cominciare dalla *relegatio* non erano *capitales*.

Nell' antico Diritto del Regno incorreasi nella privazione della capacità quando alla pena era congiunta la pubblicazione dei beni, ovvero quando trattavasi di proscritti ossia di *forgiudicati*; e Federico II fermò che costoro non fossero reputati cittadini e si avessero come morti (5). Alcuni credettero pure doversi annoverare tra i privi di cittadinanza i condannati alla deportazione perpetua o alle triremi; ma altri furono di opposta sentenza (6). I condannati a morte poteano poi disporre del loro patrimonio sia per atto tra vivi sia per testamento, conforme insegnavano i fo-

(1) L. 8 § 1, in fin. D. de cap. min.
(2) L. 17, § 1 D. de poenis.
(3) L. 12, 17, 29 D. de poenis. — L. 25 § 8 D. de acquir, vel amitt. hered.
(4) Nov. XXII, c. 8°.
(5) *De Franchis*, Decis. CCXIII, n. 10.
(6) *Maffei*, Instit. jur. civ. neapol. Lib. II, c. 1.

rensi e conforme fu più volte giudicato dal Sacro Regio Consiglio, salvo che fossero incorsi nella pubblicazione dei beni (1).

Finalmente le due leggi intermedie del 1808 e del 1812 introdussero l'instituzione francese della *morte civile*, mostruosa ed assurda fizione che trovasi in opposizione con la natura delle cose e con le norme inviolabili del Diritto. Per essa l'uomo veniva considerato come inesistente a rispetto del Diritto, onde perdea la proprietà dei suoi beni i quali passavano agli eredi come se egli fosse morto, e senza testamento, ed egli non potea succedere nè trasmettere a titolo di successione, nè disporre dei suoi beni per atto tra vivi o per testamento, nè ricever cosa con questi modi se non pe' semplici alimenti, nè esser tutore, nè prender parte ad alcuna operazione di tutela, nè far da testimone in atti solenni o in giudizio, nè stare in giudizio come attore o convenuto altramente che per mezzo di un curatore; e persino eragli negato il contrarre un matrimonio che producesse effetti civili, e veniva disciolto il matrimonio precedentemente contratto.

§ 91. *Diritto vigente.*

Il principio animatore della nostra legge su la materia dello effetto delle pene si è quello da noi enunziato (§ 90) che cioè la capacità giuridica è inviolabile innanzi alla società umana. Ond'è che dall'un canto essa statuisce che si perde per effetto di alcune pene l'*esercizio* non già la *capacità* dei diritti, e dall'altro non attribuisce a nessuna pena la privazione totale dei diritti, ma solo una parziale privazione. Così l'art. 26 delle Leggi Civili dichiara che l'*esercizio dei diritti civili si perde per effetto di condanne a quelle pene che ne producono la privazione in tutto o in parte.* Vero è che quì la legge civile dice *privazione totale o parziale;* ma la legge penale non contiene veruna privazione totale di diritti annessa a qualche pena per grave che la si supponga. E quì si rannodano i due pronunciati contenuti negli art. 26 e 27 delle stesse leggi civili: L'uno si è che nelle materie correzionali la sentenza esprimerà nominatamente i diritti dei quali do-

(1) *Caravita* inst. Crim. — *De Luca* Obss. ad De Franchis Dec. DI, n. 10.

vrà produrre la privazione, dovendo per altro la sentenza pronunciare una tal privazione ne'casi in cui sia espressamente determinata o permessa dalla legge; e l'altro è poi che nelle materie criminali la condanna ad una determinata pena produrrà *ipso jure* la privazione di quei diritti che la legge ha determinato (1). Alle quali cose vuolsi congiugnere l' art. 8 delle Leggi Civili ove sta detto che le leggi le quali restringono il libero esercizio dei diritti del cittadino e che formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi. Di maniera che vuolsi fermare come criterio regolatore in tutte le quistioni che possono sorgere da tal materia che le leggi penali avendo determinato quali pene producono privazione di diritti e di quali diritti è tolto l' esercizio da ciascuna di esse, non si può con analogica ed estensiva interpetrazione aumentare o il novero delle pene che tolgono l' esercizio dei diritti o i diritti il cui esercizio debbe considerarsi come tolto per effetto di alcuna pena.

§ 92. *Continuazione — Pene da cui nasce privazione di diritti.*

Le pene a cui la legge attribuisce perdita di diritti sono l'ergastolo, i ferri, la reclusione, la relegazione e le interdizioni temporanee correzionali (2).

A. L' ergastolo che dopo la morte è la più grave delle pene ha per conseguenze giuridiche le seguenti privazioni: 1.° Il condannato perde la proprietà di tutti i beni che possedeva onde si apre la successione di lui a vantaggio dei suoi eredi, e solo egli ha diritto ad alimenti. 2.° Non può disporre per atto tra vivi o per testamento. 3.° Non può acquistare nè per atto tra vivi nè per causa di morte salvo il poter essere organo di trasmissione a'suoi

(1) Le condanne proferite da tribunali stranieri non possono avere l'efficacia di privazione dei diritti civili; imperocchè le leggi civili riconoscono come un effetto della legge penale la perdita di alcuni diritti; e la efficacia della legge penale essendo di sua natura *territoriale* non può stendersi fuori del territorio nel quale viene applicata.

(2) La pena di morte non è espressamente determinata dalla legge come privatrice di diritti epperò non si può per interpetrazione tribuirle un tal effetto. (Arresto della S. C. di Giustizia del dì 6 Giugno 1835).

eredi *jure repraesentationis.* 4.° Non può stare in giudizio civile come attore o convenuto altrimenti che col ministerio di curatore. 5.° Non può comparire in giudizio come testimone ma solo può darvi semplici indicazioni. 6.° Mentre rimane saldo il precedente matrimonio de' condannati all'ergastolo con tutte le conseguenze non modificate espressamente dalla legge (1) essi non possono contrarre matrimonio civile salvo che il Principe non si degni accordarne la dispensa, potendo solo contrarre matrimonio ecclesiasticamente (2).

B. La pena dei ferri e quella della reclusione hanno tre conseguenze giuridiche: 1.° l'interdizione perpetua dai pubblici ufizi benchè temporanea sia la pena principale; 2.° l'interdizione patrimoniale durante la pena, in virtù della quale pena accessoria il condannato perde l'amministrazione del suo patrimonio e questa è regolata secondo ciò che statuiscono le leggi civili per gl' *interdetti*; 3.° non possono i condannati ai ferri od alla reclusione essere adoperati come periti o come testimoni, nè deporre in giudizio per altro oggetto fuorchè per dare semplici indicazioni (3).

C. La relegazione non ha efficacia su' diritti civili, ma solo produce l'interdizione dai pubblici ufizi per altrettanto tempo dopo espiata la pena per quanto essa è durata (4).

D. Le interdizioni a tempo costituiscono la privazione di diritti in materia correzionale. E la legge lascia al giudice il fissare quali sono i diritti il cui esercizio dee rimanere temporaneamente sospeso.

§ 93. *Continuazione. — Durata della privazione dei diritti.*

A ben determinare quale debba esser la durata della privazione de'diritti che nasce da alcuna condanna, egli è duopo che si discer-

(1) Onde la patria potestà non si perde, ma solo quelle facoltà si perdono che rannodansi alla potestà tutoria del padre.
(2) Art. 16 LL. PP. Decreto del dì 25 Ottobre 1844. — Rescritto del 9 aprile 1832.
(3) Art. 17 LL. PP. Decreto del 25 Ottobre 1844 — Rescritto del 9 aprile 1832.
(4) Art. 18 LL. PP.

na il momento in cui comincia e quello in cui la medesima cessa.

I. La privazione dei diritti per effetto di condanna comincia col cominciar di quella pena della quale è un effetto. Ora la pena può essere inflitta in un giudizio contraddittorio o in un giudizio contumaciale.

1) La legge fissa che le condanne profferite in contraddizione producono privazione dei diritti dal giorno della loro esecuzione (1). E pe' detenuti intendesi cominciata la esecuzione dal momento in cui la condanna è divenuta irrevocabile dove che pei non detenuti l'esecuzione intendesi cominciata dal momento dell' effettiva espiazione (2).

2.° Quanto è poi alle condanne contumaciali esse dall'un canto cadono nel nulla per la presenza del reo, ma dall'altro come son pubblicate debbono avere una esecuzione per quel lato in cui sono eseguibili, e se non sono eseguibili nell'elemento della pena son tali almeno nell' elemento della privazione dei diritti. Perciò la legge contemperando i due principii ferma un periodo di cinque anni che dicesi *termine di grazia* e a questo coordina i pronunciati infrascritti : *a)* Pubblicata la condanna s'incorre nella perdita dei diritti annessa alla pena che è materia della condanna, ma questa perdita non solo è rivocabile per la presenza del condannato, ma la costui capacità si retrotrae al giorno della condanna, salvo gli effetti di una condanna novella nel giudizio contraddittorio — *b)* Elassi i cinque anni, tutto il tempo decorso è sempre irrevocabilmente tempo di privazione dei diritti sicchè presente il reo cessa la privazione dal momento della assoluzione o di una condanna a pena che non abbia per effetto la perdita dei diritti; e se l' assenza è protratta finchè si prescrive la pena, gli effetti civili rimangono inalterati senza soggiacere a prescrizione — *c)* La morte del condannato infra il termine dei cinque anni annulla con la condanna contumaciale l'efficacia della medesima sull' esercizio dei diritti civili e il condannato si reputerà morto nella integrità dei suoi diritti (3).

(1) Art. 29 LL. CC.
(2) Art. 52 LL. PP.
(3) Art. 31, 32, 33, 34, 35 LL. CC.

II. Mancando la pena bisogna desumerne che manca la privazione la quale ne è conseguenza. Ma quì vuolsi distinguere il finir della pena temporanea per l' elasso del tempo dal suo mancare per altra cagione : 1) Allorchè la pena è esaurita gli effetti posti oltre il tempo della pena perdurano anche dopo che la medesima è cessata; così l' interdizione da' pubblici ufizi dura perpetua dopo esaurita la pena dei ferri, dura tanto tempo quanto è durata la relegazione dopo il suo cessare. Ma l' interdizione patrimoniale cessa con l' esaurimento della pena perchè la legge le assegna il periodo stesso della pena principale. — 2) Quando la pena è tolta per la grazia del Principe cessano gli effetti giuridici di privazione salvo l' interdizione dai pubblici ufizi giusta il Rescritto del 25 Ottobre 1834. — 3) Per le privazioni di diritti che durano oltre la pena, esse posson cessare mercè la *riabilitazione* che si ottiene per grazia del Principe con analogo procedimento del quale altrove parleremo.

FINE.

INDICE

LIBRO PRIMO. DELLA LEGGE PENALE.

CAPO PRIMO *Delle Legge penale come unica fonte della penalità positiva* 4

CAPO SECONDO *Della Efficacia estensiva della legge penale* . . 8

I. Efficacia a rispetto del tempo 9

II. Efficacia a rispetto del luogo 14

III. Efficacia a rispetto delle persone 25

LIBRO SECONDO. DOTTRINA GENERALE DEL REATO.

Nozioni preliminari 29

CAPO PRIMO *Della essenza di illegittimità del fatto umano* . . 32

CAPO SECONDO *Del fatto umano in cui la illegittimità debbe appalesarsi* 41

Sezione Prima Teorica del dolo 45

Sezione Seconda Teorica del danno 88

CAPO TERZO *Dell' autore del reato* 112

I. Dell' Universitas nelle sue attenenze col reato . . . . . . *ibid.*

II. Del Concorso dei delinquenti 114

CAPO QUARTO *Delle contingenze del reato* 135

LIBRO TERZO. DELLA PENA.

CAPO PRIMO *Dell' indole della pena* 145

CAPO SECONDO *Del sistema penale* 148

CAPO TERZO *Dell' efficacia delle pene su' diritti civili e politici* . 154


Biblioteca Nazionale
NAPOLI





